BIBLIOTECA NAZIONALE VITTORIO EM. III
Raccolta
NICOTRA
B
52
NAPOLI

Digitized by Google

[illegible]

[illegible] 1850

[illegible]

[illegible] B. 52.

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Lehre

von den

Prälegaten.

Von

Alexander August v. Buchholtz,
Professor der Rechte.

BIBLIOTECA NAZIONALE V. E. III NAPOLI

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Mauke.
1850.

Vorwort.

Seit einer Reihe von Jahren habe ich dem hier behandelten Gegenstande meine Aufmerksamkeit gewidmet. Anfangs schreckte seine Schwierigkeit mich zuweilen zurück, öfters jedoch übte sie eine so anziehende Kraft gegen mich aus, daß allmählig mit der Zuversicht, eine Schwierigkeit nach der andern überwunden zu haben, die Freude an dem Gelingen die Oberhand behielt. Nachdem zuerst meine Thätigkeit fast nur auf das Erforschen und die Benutzung der Quellen sich beschränkt hatte, wendete sich mein Eifer der Literatur über diesen Gegenstand zu, um sorgfältig zu prüfen, ob die von mir aus den Quellen gewonnenen Resultate mit Dem übereinstimmten, was bisher über diese Lehre gesagt war. In der That ist die hierbei zu benutzende Menge der Schriften viel größer, als man bei der geringen Zahl der Monographieen über die Prälegate sich wohl vorstellt. Denn kein Interpret des **Infortiatum** konnte diese Lehre über-

gehen; die meisten Verfasser von Consilien- und Responsen-Sammlungen — und deren Zahl ist Legion — haben bald eine Frage, bald mehrere aus der Lehre von den Prälegaten mit größerer oder geringerer Ausführlichkeit beantwortet; und Jeder, der ein nicht gar zu kurzes Compendium des Römischen Rechts geliefert, mußte der Prälegate darin gedenken. Der Erfüllung meiner Pflicht, diese Schriftsteller zu vergleichen, habe ich mit unermüdlichem Fleiße, soviel es die Oertlichkeit verstattete, nachgestrebt, so daß der Vorwurf, zu viel gelesen und citirt zu haben, mir eher gemacht werden könnte, als der, zu wenig Aufmerksamkeit der Literatur geschenkt zu haben.

Es ist hier nicht die ganze Theorie der regelmäßigen Vermächtnisse abgehandelt, sondern streng sich an der speciellen Aufgabe zu halten versucht. Die Erläuterungen der Quellen über die Prälegate, insbesondere Abweichungen hinsichtlich der bei diesen geltenden Regeln von den gewöhnlichen Vermächtnissen, sind auf das Genaueste mit Berücksichtigung der Literatur zusammengestellt, und gegnerische Meinungen, wo es nöthig schien, bald mehr bald minder ausführlich, durch richtige Auslegung der Quellen zu widerlegen versucht.

Es zerfällt die ganze Schrift in zwanzig Capitel und einen Anhang. Das erste enthält das Sprach-

liche, das zweite das Rechtsgeschichtliche, das dritte die Quellen. Dieß Capitel vertritt zugleich das sonst gewöhnlich am Ende eines Werkes sich findende Quellenregister, indem hier bei jedem einzelnen Fragmente oder Paragraphen der Digesten und der Institutionen, sowie bei einer jeden Kaiser-Constitution Capitel und Note dieses Buches angegeben ist, wo sich jene angeführt finden; und wo ihr Abdruck ganz oder theilweise, oder ihre Erläuterung sich findet, da ist dieß durch das vollständige Wort „Note" angedeutet. Das vierte Capitel gibt die Literatur, das fünfte stellt den Begriff, das sechste das Wesen der Prälegate auf; das siebente handelt von den Subjekten, das achte von den Objekten der Prälegate; das neunte beantwortet die Frage: wo Prälegate hinterlassen werden? das zehnte die Frage: wie sie hinterlassen werden können? Das eilfte Capitel zählt die möglichen Nebenbestimmungen der Prälegate auf; das zwölfte erörtert die Frage: wann werden Prälegate erworben? und nebenbei die: haben die verschiedenen Substituten des mit einem Prälegate bedachten Erben auch ein Anrecht auf dasselbe? Das dreizehnte Capitel erzählt, wie Prälegate erworben werden; und bei dieser Gelegenheit ist von dem Haften der Prälegatare wegen Erbschaftsschulden, sowie von der Collation der Prälegate und von deren Einrechnung in den Pflichttheil die

Rede. Das vierzehnte Capitel spricht von der Eviction der Prälegate; das funfzehnte beantwortet die Frage: wieviel erwirbt der Prälegatar an dem vermachten Gegenstande? das sechszehnte handelt von der Anwachsung, das siebzehnte vom Einflusse der lex Falcidia, das achtzehnte von der Restitution der Prälegate, das neunzehnte von dem Einflusse der Trebellianischen Quart, das zwanzigste von der Erlöschung der Prälegate; und der Anhang endlich gibt eine Interpretation der schwierigen, mit der Lehre von den Prälegaten in vielfachem Zusammenhange stehenden c. 24 C. familiae herciscundae.

Möge diesem Buche ein freundliches Geschick zu Theil werden!

Königsberg am 15ten Oktober 1849.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Das Sprachliche.

Daß es bei den Römern ehemals vier Arten von Vermächtnissen gegeben, welche mit direkten oder befehlenden Worten hinterlassen wurden, sagen ebenso deutlich die längst bekannten Quellen des vorjustinianeischen Rechts [1]), als die Institutionen Justinians [2]), so daß diese Ansicht auch stets unter den neuern Juristen geherrscht hat [3]). Mehr aber als alle früher bekannten Quellen gewähren hierüber die in ihrer echten Ge-

1) Ulpiani Tituli XXIV, 2: legamus quatuor modis; Gaii Epitome II, 5, pr.: legatorum genera sunt quatuor; Pauli Receptae sententiae III, 6 § 1, § 7, § 10, § 11.

2) § 2 J. de legatis 2, 20: Olim quidem erant legatorum genera quatuor.

3) Allerdings gab es auch hier Dissentienten. Gegen Theophilus, der zu § 5 J. 2, 23, im Widerspruch mit seiner eigenen Erklärung zu § 2 J. 2, 20, die partitio legata eine fünfte Legatsform nennt (worin ihm Ferrettus und D. Gothofredus beistimmen), ist von Roßhirt (die Lehre von Vermächtnissen Bd. I S. 131) mit Recht bemerkt, daß die partitio legata zu den Damnationslegaten gehöre. (S. unten den Schluß des achten Capitels.) Ulrich Zasius Commentaria s. Lecturae in Digestum novum ad l. 1 § si quis D. quod legatorum nr. 1 Opera Tom. III p. 330 stellt neben jene vier oben genannte Arten von Legaten noch die fünfte: wenn der Testator communibus verbis legirt habe. Gegen diese Ansicht hat sich bereits *G. A. Struv* Syntagma iuris civilis Exerc. XXXV lib. 30, 31, 32 nota E tadelnd ausgesprochen.

stalt aufgefundenen Commentarien des Gaius Aufschluß. Entweder, so sagen dieselben [4]), legirt man per vindicationem oder per damnationem oder sinendi modo oder per praeceptionem [5]), und zwar auf die letzte Weise also: Lucius Titius hominem Stichum praecipito [6]); oder wie Ulpian [7]) mit einem allgemeiner gefaßten Beispiele angibt: Lucius Titius [8]) illam rem praecipito.

Das hierbei wesentliche [9]) Wort praecipere finden wir demgemäß von den Römischen Testatoren bei der Errichtung dieser Vermächtnisse bald ganz allein angewendet [10]), bald entweder mit dem Zusatze tibi habeto [11]) oder mit dem sumito [12]), bald mit diesen beiden Zusätzen verbunden [13]), und

4) Comm. II, 192.

5) Ganz gut stellt Bachovius in seinem Institutionen-Commentar zu § 2 J. 2, 20 die drei ersten Legatsformen als communes der letztern als propria formula heredi instituto entgegen.

6) Comm. II, 216.

7) Tituli XXIV, 6. Mit denselben Worten illam rem praecipito gibt die Glosse zu § 2 J. 2, 20 diese Legatsformel an.

8) Lucium Titium heredem fuisse intelligendum est sagt *Maranus* Paratitls ad libros Dig. de legatis in seinen Opera ed. *Trotz* p. 298.

9) *Voorda* Interpretationes cap. 30.

10) *praecipito* fr. 42 D. fam. erc. 10, 2; fr. 17 § 2 § 3 De cond. et. dem. 35, 1; *praecipitote* fr. 88 § 2 De legatis II. 31.

11) *praecipito, tibique habeto* fr. 27 § 3 De instructo 33, 7, und verbis obliquis *praecipiat sibique habeat* fr. 77 § 19 De legatis II. 31. Daher stellt *Mynsinger a Frundeck* in seinem Apotelesma s. Scholia in Inst. lib. II tit. 20 § 2 also die Formel des Präceptionslegates auf: praecipito tibique habeto oder e medio praecipito.

12) *praecipito sumito* c. 12 C. de legatis 6, 37. Ganz unbegründet ist der Versuch Riato's Tractatus de praelegatis Cap. 1 § 21 ... 25 in dieser Stelle ein Vindicationslegat zu Grunde zu legen, wogegen schon Nettelbladt Systematische Entwickelung der Lehre von Prälegaten § 6 sich erklärt hat.

13) *praecipito, sumito tibique habeto* fr. 92 pr. De lega-

diese letzte volltönende Phrase ist zum feststehenden Formular geworden. Denn in den **Notae Juridicae**, welche **Magno** und **Paulus Diakonus**[14]) gesammelt haben, sind zur Bezeichnung dieser Legatsform die Siglen **P. S. T. Q. H.**[15]) angewendet, welche aufgelöst eben jenes Formular **praecipito, sumito, tibique habeto** wiedergeben.

Diese Zusammenstellung scheint uns genügend, die hin und wieder auftauchende Ansicht[16]) für unrichtig zu erklären, wornach zu der Zeit, als die Legatsformen noch von praktischer Wichtigkeit waren, ein Präceptionslegat habe hinterlassen werden können, ohne daß das Wort **praecipere** dabei gebraucht sey, indem Ausdrücke, wie **praecipuam**[17]) **rem ha-**

---

tis III. 32; fr. 26 De peculio leg. 33, 8, und verbis obliquis: praecipiat, sumat, habeat fr. 88 pr. De legatis II. 31.

14) In der Ausgabe von Putsch Jener p. 1570, Dieser p. 1627.

15) In des Valerius Probus liber de notis Romanorum c. 15 (in *Meermann* Thesaurus Tom. I p. 104) sind eben diese Siglen wohl nur durch Druckfehler mit praecipiti sumpto tibique habeto wiedergegeben.

16) *Athanasius de Oteyza et Olano* Paralipomena et Electa iur. civ. lib. II cap. 1 § 4 führt den *Pontanus* mit seinen Symbolarum libri XVII ad Virgilii Aeneidem lib. XI v. 18 (der, auf der Göttinger Bibliothek befindlich, Nichts von Bedeutung für diese Frage weder zu der angeführten noch zu einer andern Stelle enthalten soll) als Begründer der im Texte getadelten Ansicht an. Nettelbladt Prälegate § 4 meint, daß nur sehr häufig die Formel praecipito bei diesen Legaten gewählt sey.

17) Bisweilen kommt allerdings praecipuus von Sachen vor, die ein Erbe auf irgend eine Weise zum Voraus haben soll fr. 34 § 3, fr. 89 pr. De legatis II. 31; fr. 14 De dote prael. 33, 4; fr. 22 De legatis praeat. 37, 5. Zu einem Kunstausdrucke ist aber dieses Wort bei den Alten nicht gestempelt, trotzdem daß Sidonius Apollinaris lib. 6 epist. 12 sagt: quodam, ut Jurisconsulti dicunt, praecipui titulo und Sirmond in den Noten zu dieser Stelle schreibt: qui testamentum ita condit, ut rem certam cuipiam extra sortem

beto [18]), oder **sumito** [19]) oder **accipito** [20]) gleichen Erfolg gehabt. Man hat für diese Ansicht zwar eine Stütze in der Paraphrase des Theophilus [21]) finden wollen, welcher die bei dem Präceptionslegate üblich gewesene Formel dahin angibt: *πραικεπτίωνος δὲ τὰ ῥήματα· κατεξαίρετον ὁ δεῖνα ὁ μερικὸς κληρονόμος λαβέτω τό δε τὸ πρᾶγμα* (in wörtlicher Uebersetzung also: **praeceptionis sunt haec verba: praecipuam hic ex parte heres illam rem sumito**); allein man hat dabei übersehn, daß die Worte *κατεξαίρετον λαβέτω* nichts Anderes als Uebersetzung des Ausdrucks **praecipito** sind, wie dieß Theophilus selbst ein Paar Zeilen weiter erklärt: *τὸ γὰρ εἰπεῖν ῥωμαιστὶ* **praecipito** *τοῦτ' ἔστι κατεξαίρετον λαμβανέτω* [22]).

praeleget, per praeceptionem legare dicitur, res vero ipsa praelegatum et praecipuum. Denn z. B. bei Sueton im Leben des Galba Cap. 5 ist von einem praecipuum die Rede (500,000 Sestertien), wozu aber der Berechtigte ein simpler Legatar war. Da nun aber auch Donatus ad Virgilii Aeneidem lib. V. v. 249 sagt: praecipua sunt quae praeter communionem singulis proprio nomine deputantur, ut fit saepe in testamentis, quum aliqua per praeceptionem singulorum esse heredum conscribit testator, so konnte es an Aeußerungen, wie praecipuum dicitur, quod per praeceptionem legatum est (so bei *Hotomanus* Commentarius verborum iuris) und ähnlichen bei *Turnebus* Adversaria 5, 2, *Pitiscus* Lexicon Antiquitatum Romanorum v. praecipuum, *Gesner* Thesaurus linguae latinae v. praecipuum nicht fehlen.

18) *Calvinus* lexicon iuridicum v. praelegatum.

19) *Eguinarii Baronis* Commentarii ad tit. 20 lib. 2 Institutionum.

20) *Gregorius Tholosanus* Syntagma iuris universi Francof. 1599. lib. 42 cap. 31 § 8; *Westenberg* principia iuris sec. ord. Dig. lib. 30...32 § 10; *Heineccius* Elementa iuris sec. ord. inst. § 603; sec. ord. Pand. § 121; *Höpfner* Commentar § 554.

21) zu § 2 J. 2, 20.

22) In den Veteres Glossae verborum iuris Lugd. Batav. 1700

Daher irren Brissonius [23]) und Nieto [24]), welche im fr. 20 De optione 33, 5 ein Präceptionslegat annehmen. Denn vergleichen wir mit der daselbst gebrauchten Ausdrucksweise sumito, sibique habeto [25]) die für die Vindikationslegate üblichen Formeln [26]), so kann kein erheblicher Zweifel darüber bleiben, daß hier ein Vindikationslegat vorliegt [27]). Aus demselben Grunde müssen wir auch den beiden angeführten Juri-

---

p. 475 heißt es: *πρεκεπτιο· τὸ ἐξαίρετον λεγάτον* und *προκεπτουμ· ἐξαίρετον λεγατον*. *Ἐξαιρέτου δόσις* aber bedeutet praeceptio nach Cyrilli, Philoxeni, aliorumque veterum auctorum Glossaria graecolatina a *Labbaeo* collecta. Lutetiae 1679 p. 142. In dem Texte der Basiliken kommt, so viel uns bekannt, *ἐξαίρετον* nur lib. 35 tit. 11 l. 75 § 13 vor; einmal auch in einem griechischen, von Modestin erklärten, Testamente im fr. 34 § 1 De legatis II. 31 *ἐξαίρετον λαμβάνειν*. Den Ausdruck *κατ᾽ ἐξαίρετον* lesen wir in den Basiliken lib. 41 tit. 1 l. 93 (eben da auch im Scholion abwechselnd mit *ἐξαίρετον*), und in lib. 44 tit. 4 l. 32. In diesem letzten Titel l. 37 heißt es sogar: *κατ᾽ ἐξαίρετον τῆν κληρονομίας*; und *κατ᾽ ἐξαίρετον* steht noch in den Scholien 22 und 25 zu lib. 42 tit. 3.

23) De solemnibus formulis lib. VII cap. 65.

24) De praelegatis cap. 3 § 14. Er citirt eine Reihe gleichdenkender Juristen, bemerkt aber selbst: species praeceptionis legato vindicationis simillima erat.

25) Das Testament, welches diese Formel zu Gunsten eines simpeln Legatars enthält, wird unmittelbar von Aufidius, dessen Schriftstellerei noch ganz in die Zeit der Republik fällt, mittelbar von Labeo mitgetheilt.

26) Gaii Comm. II, 193: per vindicationem hoc modo legamus: Lucio Titio verbi gratia hominem Stichum do lego ... sive aliis similibus verbis, velut ita legatum fuerit: sumito; vel ita: sibi habeto; vel ita: capito, aeque per vindicationem legatum est.

27) Diese Ansicht theilen schon *Cuiacius* Comm. in tit. Dig. 33, 5 ad l. 20: legatum est optionis datae per vindicationem; *Athanasius Oteyza et de Olano* Paralipomena et Electa iuris civilis lib. II cap. 1 § 12; *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 3 nota *o*.

Digitized by Google

sten widersprechen, wenn sie im fr. 32 § 4 De auro 34, 2 die Existenz eines Präceptionslegates behaupten. Denn liegt gleich die Vermuthung nahe, daß die Legataria, weil sie eine Tochter der Erblasserin, zugleich deren Erbin war [28]), so müssen wir uns doch vor dem Fehlschlusse hüten, als ob jedes einem Erben hinterlassene Vermächtniß ein Präceptionslegat seyn müsse [29]); und da wir hier die Formel sumito tibique habeto [30]) lesen, so irren wir gewiß nicht, wenn wir hier ein Vindikationslegat annehmen.

Am häufigsten wird in den Quellen das Wort praecipere in der Bedeutung von befehlen [31]) gebraucht, z. B. wenn der Testator in seinem letzten Willen befiehlt [32]). Hier inter-

---

28) Auch im fr. 41 § 3 De legatis III. 32 ist zu dem als Erben eingesetzten Sohne gesagt: Titi fili, hoc amplius de medio sumito legata mea. *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 11 erklärt dieß für ein Vindikationslegat; und der Interpret hat auch ganz Recht, sich im zweifelhaften Falle für die Annahme der regelmäßigen Legatsformen zu erklären, wohin nur Vindikations- und Damnations-Legate gehören. *A. Faber* Coniecturae lib. 6 cap. 1.

29) fr. 1 § 6 D. quod legatorum. 43, 3: qui vero ex causa praeceptionis ... idemque erit dicendum, et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit. *Nieto* a. a. O. cap. 1 § 9. Man vergl. auch die Vaticana Fragmenta § 86, 87, 88.

30) So lesen die Gebrüder Kriegel und Beck; die frühern Ausgaben haben minder gut: hoc amplius filia mea dulcissima e medio sumito, *sibique* habeto.

31) Man vergl. die Beispiele bei *Brissonius* h. v. § 2, bei *Dirksen* h. v. § 2 und bei *Heumann* Handlexikon zum Corpus iuris civilis h. v. § 2.

32) z. B. fr. 89 § 7 De legatis II. 31; fr. 18 § 1 De auro 34, 2. Zu diesen Beispielen muß man auch das fr. 102 § 2 De legatis III. 32 zählen, indem man mit den Vulgathandschriften alumno praecepit militiam emi, oder mit Brencmann emi militiam liest. Will man nemlich mit der Florentina das Wort emi weglassen, so muß man, wie *Brissonius* und *Vicat* in ihren Wörterbüchern v. praecipere § 3 thun, in dieser Stelle eine ganz

essirt uns jedoch nur die zweite allgemeine Bedeutung dieses Wortes [33]). Darnach bezeichnet es zwar zuweilen ohne Rücksicht auf letztwillige Verfügungen [34]), Etwas vorwegnehmen, bevor Anderes zur Vertheilung kommt [35]); in der Regel aber wird es mit Rücksicht auf letzte Willensverfügungen gebraucht,

singuläre, durch kein anderes Beispiel unterstützte Bedeutung von praecipere annehmen, nemlich die: durch ein Präceptionslegat hinterlassen.

33) Die tropische Bedeutung von praecipere (z. B. Livius 9, 5; 38, 20 und die hier von Drakenborch citirten Stellen; Virgilii Ecloga 3 v. 98) kommt in den juristischen Quellen nicht vor.

34) Wenn gleich erst nach dem Tode Jemandes. Dem fr. 51 pr. D. fam. erc. 10, 2 gemäß kann der in der Ehe lebende Sohn, dessen Vater das Dotalgrundstück in seinem Besitz hatte, nach des Vaters Tode eine gleiche Vorwegnahme dieses Grundstücks zum eigenen Besten vom Theilungsrichter fordern, gerade als wenn ihm das Grundstück per praeceptionem legirt wäre. Im fr. 20 § 1 D. eod. (diese Stelle hat *Gesner* Thesaurus linguae latinae v. praecipio nr. 1 als Beweis, daß praecipere soviel als antecapere, praevenire, praeoccupare bezeichne) bedeutet praecipere: den Betrag einer Schuld, welche einer der erbenden Söhne mit väterlicher Bewilligung contrahirt hat, seinen miterbenden Brüdern, als wäre sie des Vaters, vor der Theilung vorwegnehmen. Vergl. fr. 20 § 2 § 6, fr. 46 D. eod. Dasselbe ist der Fall in fr. 45 De adq. rer. dom. 41, 1. Hiernach darf dem in mehrerer Herrn Eigenthum stehenden Sklaven derjenige Herr, mit dessen Capital der Sklave einen Gewinn gemacht hat, diesen Gewinn mit der Theilungsklage praecipere, wie Gaius selbst in dieser Stelle es paraphrasirt: praecipuum habere.

35) Im fr. 65 § 16 D. pro socio 17, 2 gibt Paulus einem Ehemanne bei Auflösung der Universalsocietät, in welcher er sich befindet, das Recht, dotem praecipere. Nur hat hier praecipere, so wie im fr. 26 § 1 De pact. dot. 23, 4 praeceptio die Nebenbedeutung, daß man dieß Vorweggenommene schon gehabt hat, so daß es nur in das Vermögen des jetzigen Empfängers zurückkehrt, indem das praecipere in der erstgenannten Stelle mit recipere, und im fr. 66 D. pro socio 17, 2 mit reddi wiedergegeben wird. Hierin findet eine Aehnlichkeit mit der Bedeutung des Wortes praelegare Statt.

Digitized by Google

und kommt theils von der Person vor, welche aus der Erbschaft Geld nehmen soll, um es an Vermächtnißnehmer zu vertheilen [36]), gleichviel ob dieselbe, wie im fr. 88 § 1 De legatis II [37]) ein bloßer Begräbnißkurator [38]) ist, oder zu den Erben gehört, wie in fr. 96 § 3 [39]), fr. 107 pr. De legatis I [40]), und in fr. 10 De alimentis [41]); theils, was als Kunstausdruck uns hier ausschließlich interessirt, bezeichnet es den Erben [42]), welcher dem mit dem Worte praecipito ge-

36) Legatá praecipere ad distribuendum iussus. fr. 7 D. si cui plus. 35, 3.

37) A te peto, Titi, fideique tuae committo, uti curam condendi corporis mei suscipias et pro hoc tot aureos e medio praecipito. Quaere, an si Lucius Titius minus quam decem aureos erogaverit, reliqua summa heredibus proficiat? Respondi secundum ea quae proponerentur, heredum commodo proficere.

38) Er ist weder Erbe noch Legatar, weil er den Ueberrest der ihm zum Begräbnisse ausgesetzten Summe nicht behalten durfte. *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad h. l.; *Fernandez de Retes* Opuscula lib. II Sect. II cap. 6 § 1 in *Meermann* Thes. T. VI p. 130; v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 Leipzig 1845 S. 558 Nr. 2, S. 559 Nr. 2: ein simpler Auftrag. Dieser Grund ist entscheidender als der von *Hertius* Diss. de praelegatis § 8 angeführte, daß deshalb dieser Begräbnißkommissarius nicht habe Erbe seyn können, weil es heiße, der Ueberschuß solle heredum, nicht coheredum commodo zufallen, indem ja heres auch die Bedeutung von coheres hat. *Dirksen* Manuale v. heres § 4.

39) Si scriptus ex parte heres rogatus sit praecipere pecuniam etc.

40) Si a pluribus heredibus legata sunt, eaque unus ex his praecipere iubeatur et praestare ... eum qui praecipere iussus est, cavere debere coheredibus, indemnes eos praestari. Vergl. fr. 3 De alimentis 34, 1.

41) Cum unus ex heredibus certam pecuniam praecipere iussus esset. Vergl. fr. 8 eod.

42) *Ferrutii* novum lexicon utriusque iuris. Lutetiae 1574. v. praecipere: In testamentis qui quid praecipere iubetur, id prae-

Digitized by Google

äußerten letzten Willen seines Erblassers gemäß neben seiner Universalsuccession noch singulari titulo Etwas erwerben und für sich behalten soll [43]).

Das Substantiv praeceptio bedeutet, abgesehn von der nicht hierher gehörigen allgemeinen Bedeutung des Befehlens [44]) einmal den Akt, durch welchen in der angegebenen bestimmten Form legirt wird [45]), sodann die in solcher Form legirte Sache [46]), endlich das Recht, welches durch diesen Akt an der

---

cipuum et sui iuris sibi habere praeter hereditariam portionem iubetur. S. jedoch Gaius Comm. II, 221.

43) Die erste Hauptbedeutung (das Befehlen) verhält sich zur zweiten (dem Nehmen), wie die Ursache zur Wirkung. Wir finden daher auch im fr. 107 pr. De legatis I die Worte praecipere iubeatur, und im fr. 125 D. eod. und im fr. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2 die Worte praecipere iussus verbunden. S. noch Note 41.

44) *Brissonius* h. v. § 3; *Dirksen* h. v. § 2; *Heumann* h. v. § 2.

45) Legare per praeceptionem Gaii Comm. II, 192, 216, 219, 220, 221; Pauli Receptae Sententiae III, 6 § 1; Ulpiani Tituli XXIV § 2 § 6; fr. 32 De dolo malo 4, 3; fr. 28, (fr. 51 pr.) fam. erc. 10, 2; fr. 17 pr. De testam. milit. 29, 1; fr. 89 § 4 De legatis II. 31; fr. 38 § 8; fr. 93 § 5 De legatis III. 32; dare per praeceptionem fr. 32, fr. 91 pr. De legatis III; c. 7 pr. C. de legatis 6, 37; fr. 20 pr., fr. 27 § 3 De instructo 33, 7; fr. 78 § 13 D. ad SCtum Treb. 36, 1; fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14; relinquere per praeceptionem fr. 25 § 22 D. fam. erc. 10, 2; fr. 34 § 2 De legatis III. 32; ex causa praeceptionis fr. 1 § 6 D. quod legat. 43, 3; praeceptionis legatum Gaii Epitome II, 5 pr. § 7; c. 12 C. de legatis 6, 37; compendium praeceptionis c. 16 C. de fideicomm. 6, 42. Diese Bedeutung von praeceptio ist wahrscheinlich älter als die gleich zu erwähnenden; denn Gaius, der älteste Jurist, bei dem sich das Wort praeceptio findet, hat es nur in der eben genannten Bedeutung. In den Basiliken kommt es nur einmal, und zwar in dem Scholion des Cyrillus zu lib. 42 tit. 3 l. 25 § 22 in der hier vorliegenden Bedeutung τὸ κατὰ πραεκεπτίονα λήγατον vor. Man vergl. Freund in seinem Wörterbuche v. praeceptio § 1.

46) fr. 125 De legatis I. 30; fr. 34 § 6, fr. 75 § 1, fr. 76

Digitized by Google

also legirten Sache erworben wird [47]), wobei es allerdings in einzelnen Stellen schwierig ist, mit Bestimmtheit anzugeben, ob der letzte oder der vorletzte Begriff zum Grunde liegt, weshalb auch in denjenigen juristischen Wörterbüchern, welche diese Begriffe sondern, dieselben Beweisstellen bald für diese bald für jene Bedeutung von **praeceptio** sich angeführt finden.

Bei einem der spätesten classischen Juristen, bei Marcian [48]), finden wir, daß der Ausdruck **praeceptio** [49]) nicht mehr bloß auf solche Vermächtnisse beschränkt ist, die in der befehlenden Form mit **praecipito** [50]) angeordnet sind, sondern daß er auch ein solches Vermächtniß bezeichnet, welches in der referirenden Form hinterlassen ist, welche bei Gelegenheit der Restitution der Erbschaft so häufig erwähnt wird, in der Weise nemlich: **praecepta** [51]) **aliqua summa vel re rogatus**

pr. De legatis II. 31; fr. 12 De his quae ut. 34, 9 (in der entsprechenden Basilikenstelle lib. 60 tit. 42 l. 12 sind die praeceptiones mit πραικεπτίονες wiedergegeben); fr. 3 § 4, fr. 30 § 4, fr. 55 § 3, fr. 78 § 13 D. ad SCtum Treb. 36, 1; fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14. Man vergl. noch das in der vorigen Note erwähnte Scholion des Cyrillus.

47) fr. 22 § 1 D. fam. erc. 10, 2; fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5; fr. 34 § 1 De legatis III. 32; fr. 2 pr. De instructo 33, 7; fr. 10 pr. De alimentis 34, 1; fr. 25 De adimendis 34, 4; fr. 70 De cond. et dem. 35, 1; fr. 30 § 5 D. ad SCtum Treb. 36, 1. In einem ganz eigenthümlichen Irrthume ist *Vallius* befangen (ad leg. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 444. Er will das einem Erben von seinen Miterben hinterlassene Legat mit praelegatum, und das mit oder ohne formula praeceptionis e media hereditate einem Erben hinterlassene Vermächtniß mit praeceptio bezeichnen.

48) Vgl. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 380, 381.

49) fr. 30 § 4 § 5 (s. Note 46, 47) D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

50) S. oben zu Note 6 bis 15.

51) praecepto servo fr. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2; praecepta certa quantitate fr. 5 § 15 De donat. inter virum 24, 1;

hereditatem restituere [52]). Allein nimmer kann bewiesen werden, daß der Ausdruck praeceptio auch bei solchen Vermächtnissen vorkommt, deren Anordnung nicht mit dem Worte praecipere geschehn ist [53]), wiewohl für eine solche Ausdehnung des Begriffes mit vielem Scheine fr. 35 De heredibus instituendis [54]) angeführt werden kann. Im Principio dieses

praecepto fundo fr. 1 § 16, fr. 72 D. ad SCtum Treb. 36; 1; praeceptia quibusdam rebus fr. 27 § 14 D. eod.; una aliqua re praecepta § 9 J. de fideic. hered. 2, 23.

52) fr. 30 § 4, fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

53) Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 129 Note 11 meint zwar, in fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 wäre von ganz formlos angeordneten Legaten die Rede; aber da sich der Ausdruck liberis institutis datis praeceptionibus findet, welches letzte Wort noch zweimal wiederholt wird, so war hier sicher das Wort praecipere bei der Anordnung des Vermächtnisses gebraucht.

54) Dicebam receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipiebatur. (Hinter diesen Worten kann etwa Folgendes ausgefallen sein: si unus ex certa re, alii ex parte sive ex asse sunt heredes scripti. Aliter res se habet, si omnes heredes ex certa re sunt scripti.) Verbi gratia, pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes (trotzdem spricht Simon van Leeuwen in seiner Ausgabe zu dieser Stelle, daß die so Eingesetzten bloße Legatarien sind) ex aequis partibus quasi sine partibus instituti, verumtamen officio iudicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adiudicetur vel adtribuatur. § 1 Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte adgnosci debeat; et refert Papinianus, cuius sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos adgnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse (diese letzten vier Worte hat Haloander in Klammern mit dem Bemerken haec alias desunt, ohne jedoch die Wahrheit ihres Inhaltes bestreiten zu wollen), fundos enim vico praeceptionis accipiendos. Quare si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse

2

Digitized by Google

Fragments referirt Ulpian den Inhalt eines Testamentes, in welchem nur zwei Erben ernannt sind, und zwar der Eine auf des Erblassers **fundus Cornelianus**, der Andere auf des Erblassers **fundus Livianus**. Ulpian hält diese Erbeseinsetzung für richtig angeordnet und bestimmt sie näher dahin, daß beide Erben, ungeachtet das eine Grundstück drei Viertel, das andere ein Viertel des ganzen Vermögens beträgt, als Hälfterben gelten, und daß jene Grundstücke, auf welche sie namentlich eingesetzt, **vice praeceptionis habendos.** Dieß bedeutet: da es an der Form des Präceptionslegates fehlt, so bildet zwar diese testamentarische Erklärung keine wahre **praeceptio** [55]), aber die Objekte dieser Anordnung sind dem praktischen Resultate nach ganz wie **praeceptiones** zu behandeln. Allerdings nennt Ulpian sie im Laufe der Untersuchung selbst **praeceptiones istas**, jedoch wohl nur, weil er durch den früher schon gemachten Zusatz **vice** den Anforderungen der Genauigkeit hinsichtlich des Kunstausdruckes Genüge gethan hatte. Gegen das Ende dieser Antwort Ulpians kommt nun noch einmal der Ausdruck **praeceptio** vor. Wir lesen den dahin gehörigen Satz also: **Et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio** [56]) **iudicis**

---

possit, consequenter dicemus, institutiones istas ex re factas nullius esse momenti. (Diese Worte bedeuten keineswegs Nichtigkeit, sondern nur den Mangel des praktischen Erfolgs in Beziehung auf die **ex re factas institutiones**; indem nicht bloß die namentlich genannten **res**, sondern auch die **res**, d. h. das ganze Vermögen schwindet. Dessen ungeachtet aber bleiben die **institutiones** bestehn, obschon die instituirten Erben daraus keinen reellen Vortheil haben. Richtig fügt daher die Glosse zu den Worten **nullius momenti** hinzu: **quoad hoc ut valeant praeceptiones; heredes tamen sunt.**) **Et si forte etc.** s. unten im Texte.

55) ***Albericus de Rosciate*** **super prima parte Infortiati** zu dieser Stelle sagt: **fundi habentur loco praelegatorum.**

56) Haloander und Mornacius (**Synopsis Pandectarum**

recidi [57]) **praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset vel aliud, vel etiam praeceptiones**, und erklären ihn folgendermaßen: Wenn der auf das Livianische Grundstück berufene Erbe wegen seiner großen Belastung durch Legate [58]), welche ihm nicht das Viertel von seiner Hälfte übrig lassen, auf den Abzug der Falcidischen Quart provozirt, so muß der andere auf das Cornelische Grundstück berufene Erbe eben so viel sich abziehn lassen, als wenn ihm jenes Gut als wirkliches Legat zugewiesen wäre, sey es in irgend welcher Form, auch in der einer wirklichen **praeceptio**. Wir müssen uns nemlich erinnern an die Aeußerung eben unseres Ulpians im **fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3: ex causa praeceptionis tenetur hoc interdicto; idemque erit dicendum et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit**, wo die Erinnerung an die alten Legatsformen eben so wenig wie hier von den Compilatoren getilgt ist. Darum können wir uns nicht mit der Ansicht der Glosse befreunden, welche bei den letzten oben im Texte angeführten Worten: **si legatum accepisset**, supplirt **tanquam extraneus, non tanquam heres**. Denn einem Richterben konnte kein Präceptionslegat hinterlassen werden.

Tom. II p. 67) lesen officium (iudicis recidit), weil dieß Wort ein viel passenderes Subjekt zu recidit zu seyn schien, als das gewöhnlich dazu supplirte: lex Falcidia.

57) So ist der Vorschlag Schultings in seinen Notae ed. *Smallenburg* zu dieser Stelle st. recidit oder recidet. Die Infinitivform empfiehlt sich deshalb, weil voran in diesem Paragraphen ebenfalls Infinitive stehn: fundos ... accipiendos, institutiones esse momenti, und auch nun weder das unpassende Supplement lex Falcidia, noch die ungewöhnliche Form officium iudicis das Subjekt des Satzes sein darf. Vgl. Löhr in Marezolls Zeitschrift Bd. 19 S. 76.

58) Dazu gehört auch der dem Miterben zugewiesene Cornelianus fundus.

Aber aus dieser Berücksichtigung der Glosse, einen Richterben zum Subject dieses Satzes zu machen [59]), ist es erklärlich, daß Haloander die Worte **vel etiam praeceptiones** als verdächtig einklammert [60]). Eben so sind auch die Worte **vel aliud** mißverstanden, indem schon seit der Glosse [61]), welche hinzufügt: **in fideicommissis**, dieselben im Gegensatz zu **legatum** genommen sind, statt daß sie, mit den letzten drei Worten **vel etiam praeceptiones** verbunden, nur noch genauer die verschiedenen möglichen Fälle der Legate spezificiren, so daß die Compilatoren alle fünf Worte **vel aliud vel etiam praeceptiones** unbeschadet des Sinnes hätten weglassen können, und wegen Aufhebung der Legatsformen eigentlich hätten weglassen müssen. Nimmt man nun die Worte in dem von uns aufgestellten Sinne, so dürfen die drei letzten Worte allein unmöglich fehlen, indem sie diejenige Species der Legatsformen

---

59) wie dieß Gothofredus in seiner 1614 erschienenen Ausgabe zu dieser Stelle mit Berufung auf *Mantica* thut, welcher Letztere jedoch außerdem, daß er aus fr. 35 den Schluß zieht: **institutio ex re certa facta censetur legatum**, sich nicht auf die Interpretation dieser Stelle einläßt.

60) Die Aeußerung Haloanders **haec alias desunt** ist wohl nicht als richtig anzunehmen. Sämmtliche Ausgaben, die wir verglichen, geben ohne alle Bemerkung die Worte **vel etiam praeceptiones** wieder. Wir heben von den vor Haloander erschienenen die Venedig 1489, 1491, 1495, Lyon 1509, Paris 1527 herausgekommenen, und von denen nach Haloander nur folgende aus dem sechszehnten Jahrhunderte hervor, die zu Lyon 1532, 1566, 1569, 1572, 1584, zu Paris 1552, zu Florenz 1553, zu Antwerpen 1576, zu Genf 1580, zu Venedig 1592, von denen die meisten mehr oder weniger Haloandern benutzt haben, so daß auch bei Schulting-Smallenburg sich gar keine Bemerkung über das etwanige Fehlen dieser Worte findet. Der einzige Baudoza ist Haloandern gefolgt.

61) So Hunger in der Uebersetzung dieser Stelle im Deutschen **Corpus iuris** Note 115 z. B. ein Fideikommiß.

angeben, welche bei dem **aliud** ausgeschlossen ist [62]. Noch deutlicher möchte diese Gliederung der Species der Legate hervortreten, wenn wir statt **praeceptiones** lesen **praeceptionis**, dieß letzte Wort von **legatum** regiert, wie ja auch in einem Reskripte aus der Lebenszeit Ulpians in **c. 12 C. de legatis** der Ausdruck **praeceptionis legatum** sich findet [63].

Nur auf mißverstandenen Quellenzeugnissen, namentlich des **fr. 22 § 1 D. familiae herciscundae** und des **fr. 2 pr. De instructo** beruht die wörtlich übereinstimmende Aeußerung von Spiegel [64], Oldendorp [65], Pratejus [66] und Schard [67], daß **praeceptio pro praesumtione vel potius (ut sic dicam) antecaptione** stehe, indem **praeceptio** außer den von uns angegebenen Bedeutungen keine andern hat.

Als ebenfalls hierher gehörig führt Heineccius [68] das Wort **praeceptor** im **fr. 14 § 2 De ad SCtum Trebellianum** an. Mit Recht hebt er gegen Bynkershoeks Conjectur: **receptorem** hervor, daß dieses Wort **receptor** sich nirgends in der hiefür von Bynkershoek postulirten Bedeutung **fideicommissarius qui hereditatem recipit** oder auch nur in einer ähnlichen findet [69]. Aber derselbe Einwand spricht gegen

---

62) Man vgl. Dirksen Vermischte Schriften. Erster Theil. Berlin 1841 S. 108, 109, wo aus **fr. 15 § 5 De manum. vind. 40, 2 (in Italia vel alia provincia)** der Beweis geführt ist, daß **alius**, namentlich in der Verbindung **vel alius**, soviel als **aliquis** bezeichnet.

63) Auch in **Gaii Epitome II, 5 § 7** lesen wir **praeceptionis legatum**.

64) **Lexicon iuris civilis. Argentorat. 1541.**

65) **Lexicon iuris. Francofurti 1546.**

66) **Lexicon iuris. Lugduni 1567.**

67) **Lexicon iuridicum. Basileae 1582.**

68) In seinen Zusätzen zu des Brissonius Werk **de Verborum Significatione v. praeceptor § 2.** Ihm folgt *Vicat* **Vocabularium h. v.**

69) *Smallenburg* in *Schultingii* **Notae ad h. l.**

den eigenen Vorschlag des Heineccius, hier unter **praeceptor** denjenigen zu verstehn, welchem **per praeceptionem legatum vel fideicommissum est.** Vielleicht könnte man, da einige Handschriften **Praetorem** haben [70]), lesen: **Plane si bona venierint, non oportet Praetorem** *cogere* **ne quidem pusillum** [71]) (nicht **pupillum**) **restituere**, und die Stelle im Zusammenhange mit dem ersten Paragraphen so erklären: wenn der Fiduciar eine insolvente Erbschaft wirklich angetreten hat, so darf ihn nicht der Prätor zwingen, auch nur das Geringste dem Fideikommissar zu restituiren.

Gar nicht mit den alten Formen der Legate steht der Ausdruck **praelegare** [72]) in Verbindung, den wir, weil er von den Neuern zu einem Kunstausdrucke ausgeprägt ist, ebenfalls besondere Aufmerksamkeit widmen müssen.

Praelegare bedeutet erstlich soviel als **antea legare** [73]). Der Beweis für diese vielleicht die älteste Bedeutung des Wortes findet sich nur in **fr. 87 § 2 De legatis II** [74]) und in **fr.**

---

70) Für welche sich z. B. *Pothier* Pandectae lib. 36 tit. 1 nr. 98 erklärt, weshalb auch *H. Cannegieter* Obss. iuris Romani II, 15 Praetorem rem ne quidem pupillo etc. zu lesen vorschlägt.

71) Dies Wort findet sich im fr. 5 § 3 De peculio 15, 1 und im fr. 17 § 14 De aedilitio 21, 1.

72) v. Vangerow Leitfaden § 523 Anm.: Mit den alten Legatsformen hieng die Theorie der Prälegate niemals zusammen.

73) Diese Bedeutung findet sich in den juristischen Wörterbüchern gar nicht hervorgehoben, wohl aber in den bisherigen Monographieen über die Prälegate.

74) **Seia libertis suis fundum legavit, fideique eorum ita commisit: fidei autem vestrae, Vere et Sapide, committo, ne eum fundum vendatis, eumque, qui ex vobis ultimus decesserit, quum morietur, restituat Symphoro liberto meo, et successori, et Beryllo, et Sapido, quos infra manumisi, quive ex his tunc supervivent; quaero, quum nec in prima parte testamenti, qua fundum praelegavit, eos substituit, in secunda tamen adiecerit verbum: qui ul-**

41 § 1 De legatis III[75]). Man könnte gegen diese Auslegung des Wortes in der ersten Stelle[76]) einwenden, daß, wollte man hier **praelegare** etwa durch **prima parte testamenti legare**[77]) erklären, ein widerlicher Pleonasmus entstünde[78]), indem es daselbst heißt: **in prima parte testamenti, qua fundum praelegavit.** Jedoch ist es auch gar nicht nöthig, gerade diese Worte zu suppliren, sondern man muß mit besserm Rechte die Worte **priusquam ceteris legatariis**[79]) hinzudenken. Ebenso könnte man gegen die unbedenklich richtige und allgemein angenommene Ansicht[80]), daß

timus decesserit, an pars unius defuncti ad alterum pertineret. Paulus respondit etc.

75) In testamento ita scriptum fuit: domum meam cum horto applicito libertis meis concedi volo, et alio capite: Fortunio, liberto meo, ex domu mea, quam libertis dedi, diaetam, in qua habitabam, item cellarium junctum eidem diaetae ab herede meo concedi volo; quaesitum est, an heres testatoris oneratus videatur in praestando legato Fortunio, quamvis domus universa libertis sit praelegata. Respondit, non esse oneratum.

76) Schon seit der Glosse ist es streitig, ob die Personen, welchen hier prälegirt ist, zugleich Erben oder nur simple Legatarien sind, für welche letztere Ansicht sich mit Recht Accursius ausgesprochen hat. Für die andere Ansicht scheint *Papillonius* de substitutione pupillari cap. 6 in *Otto* Thesaurus Tom. IV p. 739 zu sein. Man vgl. *Faber* Coniecturae XIII, 16.

77) Wie *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 97 es thut.

78) Vielleicht ist dies die Ursache, weshalb *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis § 5 p. 24 nota *d* sich gegen diese Auffassung des Wortes erklärt.

79) So supplirt richtiger *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 41 § in testamento und ad l. 97 cit. Westphal von Vermächtnissen u. Fideik. S. 304 sagt, praelegavit heiße in dieser Stelle: vorher vermacht hatte.

80) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 41 § in testamento und ad l. 97 cit. *Hertius* de praelegatis § 3; *v. d. Pfordten* a. a. O. und der von ihm citirte Pfaffreuter.

Digitized by Google

in der zweiten Stelle **praelegare** soviel als **priore capite testamenti legare** bedeute, einwenden, daß praelegare zwei Paragraphen weiter in der gleich zu erwähnenden Bedeutung für **legatum conferre in singulum ex coheredibus nostrorum bonorum**[81]) vorkomme, man also annehmen müsse, daß hier das Wort dieselbe Bedeutung habe. Jedoch dieser Einwand erscheint vollkommen unhaltbar, einmal weil sogar in einem und demselben Paragraphen oft dasselbe Wort in verschiedener Bedeutung gebraucht wird[82]), sodann hauptsächlich deshalb, weil durch den in dieser Stelle zweimal gesetzten Singular **heres**, als den Belasteten, es die höchste Wahrscheinlichkeit gewinnt, daß die mit diesem Vermächtnisse (**domus universa praelegata**) bedachten mehreren Freigelassenen nicht zugleich die Erben sind.

Viel wichtiger ist die zweite Bedeutung des Wortes **praelegare**: Jemandem Dasjenige legiren, was ihm schon außerdem zukommt[83]). Daß ihm aber an dem Objekte des Lega-

81) So definirt *Dirksen* Manuale v. praelegare § 1.

82) z. B. in fr. 17 § 4 De usuris 22, 1: ex locato qui convenitur, nisi convenerit; im fr. 23 § 2 De adq. vel am. poss. 41, 2 possidere; im fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und im fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14 praeceptio; in den Vaticana Fragmenta § 86 adcrescere; in demselben und in dem nächstfolgenden Paragraphen partem facere. Als Parallele hiefür können wir auch anführen das Evangelium St. Lucä 9, 60: ἄφες τοὺς νεκροὺς θάψαι τοὺς ἑαυτῶν νεκρούς, was Luther übersetzt: Laß die (geistig) Todten ihre (leiblich) Todten begraben.

83) *Voetius* Comm. in Pandectas lib. 33 tit. 4 § 2: Praelegari dicuntur ea quae etiam extra omnem legati causam sunt legatarii aut esse videntur. Sic praelegata heredi dantur, quia is iure hereditario rerum praelegatarum dominium habet pro ea saltem parte, qua heres est, et debitori liberatio praelegatur, quia hoc ipso legari ei videtur id quod debet, cuiusque dominus est; pari ratione peculium quoque servo aut filiofamilias, etiam dos mulieri praelegatur. Er hat darin Vorgänger an *Schard* Lexicon iuridi-

tes schon Rechte zustehn, ist auf zweierlei Weise möglich. Entweder hatte er dieselben schon bei Lebzeiten des Erblassers, oder sie wurden auf ihn erst im Wege des Erbrechts übertragen. Für den ersten Fall, wo praelegare mit relegare gleichbedeutend gebraucht wird [84]), dient die so häufig vorkommende Verbindung von dos praelegata [85]) und von peculium praelegatum [86]) zum Beweise, wenn nemlich der Frau ihr Brautschatz [87]) oder dem Hauskinde sein profectitium pe-

cum v. praelegatum und an *Hotomanus* Commentarius verborum iuris v. praelegare.

84) Die Handschriften und Ausgaben variiren deshalb sehr häufig bei diesen Worten. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 317.

85) z. B. fr. 41 § 1, fr. 88 § 7 (die ornamenta, servi et aurei sind hier nur einfach legirt) De legatis II. 31; fr. 17 pr. De dote prael. 33, 4; fr. 81 § 1 D. ad legem Falcid. 35, 2; fr. 51 pr. fr. 78 § 14 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; Pauli Rec. Sent. IV, 1, 1. Die in *Otto* Thesaurus T. III p. 1785 abgedruckten veteres Glossae verborum iuris erklären πραελεγάτα δὸς durch ἡ ἀντιληγαθεῖσα προῖξ. Die praelegata dos ist bald ein debitum legatum (fr. 10 § 1 De legat. praest. 37, 5), bald ein rei propriae legatum. Gewöhnlich wird nur entweder das Letztere, z. B. von *Perez* Comm. in Codicem lib. 6 tit. 37 § 12, oder das Erstere von den Neuern hervorgehoben, z. B. von Gans Erbrecht Bd. 2 S. 209, Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 383 S. 1269. Vgl. Tigerström Dotalrecht Bd. 1 S. 312 ff. S. 322.

86) z. B. fr. 1 § 4 De exc. rei vend. 21, 3; fr. 10, fr. 26 De peculio leg. 33, 8; fr. 38 pr. De cond. indeb. 12, 6 (von der Pfordten Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. Erlangen 1840 S. 178); Vaticana Fragmenta § 294.

87) Daß hier nur von Zurückgeben des Empfangenen die Rede ist, zeigt sich darin, daß, wenn ein verpfändeter Brautschatz prälegirt wird, der schon zur Zeit der Bestellung verpfändet war, der Prälegatar kein Recht hat, denselben von der Pfandschuld befreit zurückzuverlangen, fr. 15 De dote prael. 33, 4, während ein Prälegat in der unten (Note 97 ff.) angegebenen Bedeutung von den Erben pfandschuldfrei gemacht werden muß fr. 26, fr. 33 D. fam. erc. 10, 2.

Digitized by Google

culium vermacht wird [88]). Doch lassen sich für eben dieselbe Bedeutung von praelegare noch ein Paar andere Beispiele aus den juristischen [89]) Quellen nachweisen, die weder vom Braut-

---

88) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III. Praelegatum dicitur quoties res quodammodo mea mihi relegatur, ut cum dos uxori vel filiae legatur, vel quum servo aut filiofamilias peculium legatur, vel etiam obligatio legatur creditori. Schrader im Commentar zum § 15 J. 2, 20 sagt: hoc verbum in dotis legato frequens alio scil. sensu, quam quo heredibus praelegari dicitur, fortasse inde dictum, quod in tempore antecipando praecipua huius dotis legati vis spectatur. Gegen diesen Erklärungsversuch, der durch fr. 2 § 1 De dote prael. 33, 4 v. commodo repraesentationis (vgl. *Hotomanus* Commentarius verborum iuris v. praelegare dotem) unterstützt wird, und den schon *Knorr* (Obss. selectae ad Ludovici Doctrinam Pand. lib. 33 tit. 4) und *Zoesius* (Comm. in Digesta lib. 33 tit. 4 praelegari dicitur quasi praesens et ad manum dari) vortragen, spricht der Umstand, daß wir genöthigt sind, bei dem peculium praelegatum, wo die eben genannte Erklärung nicht paßt, nach einem andern Erklärungsgrunde uns umzusehn, während der unsrige gleich befriedigend für das Legat des Pekuliums an dessen bisherigen Innehaber, wie für die gleich folgenden Fälle zu sein scheint. Ganz unmotivirt ist der Versuch von *Guido Pancirolus* (Variarum lectionum lib. II cap. 84 in der Jurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 1191) den Ausdruck praelegare dotem et peculium daraus abzuleiten, daß man der Frau und den Kindern viele Legate, vor allen aber jener die dos und diesen das peculium zu hinterlassen gewohnt war. Bruno Schilling Pandektenrecht § 276 erklärt praelegatum dotis durch quod feminae cuidam coheredi prae ceteris coheredibus relinquitur zu enge, indem die Eigenschaft einer solchen Frau als Erbin eine ganz unwesentliche ist.

89) Auch in einer nicht juristischen Quelle finden wir auf solche Weise praelegare gebraucht. *Plinius* Historia naturalis 33, 11 erzählt, Piso Frugi habe aus seiner Privatkasse seinem tapfern Sohne eine goldene Krone geschenkt, und diese im Testamente ihm prälegirt. Daß nemlich die bestrittene Leseart eamque coronam testamento ei praelegavit richtig ist, beweist die Vergleichung dieser Relation mit der des Valerius Maximus IV, 3, nr. 11. Gronov mag ebenso Recht haben, welcher hier praelegare mit per praeceptionem legare wiedergibt, als Harduin und Franz, welche an dieser Stelle prae-

Google

schatze noch vom Sondergute handeln. So lesen wir im **fr. 16 § 9 De bonis libertorum** von einem **pretium servi praelegatum**, welches dem Eigenthümer dieses Sklaven für dessen Freilassung legirt ist, wo also dieß legirte Geld keinen neuen Vermögensgewinn, sondern nur Ersatz für den Verlust des zur Freiheit gelangenden Sklaven gewähren soll [90]). In gleicher Bedeutung finden wir **praelegare** im **fr. 22 § 1 De alimentis 34, 1** gebraucht [91]). Es war hier Jemand durch das Testament seines Bruders verpflichtet, den Freigelassenen desselben Alimente zu zahlen; der Verpflichtete stirbt, und es findet sich, daß in seinem Testamente diesen Freigelassenen zwei Weinberge mit der Bestimmung hinterlassen sind: **ut habeant unde se pascant.** Diese Disposition soll den Freigelassenen ihr schon vorhandenes Recht auf Alimente sicher stellen, und daher erklärt es sich, daß hier Aburnus Valens die Weinberge prälegirt nennt, und daß er von den Freigelassenen einen Verzicht auf ihr aus dem ersten Testamente herrührendes Recht zu Alimenten verlangt, bevor sie die Uebergabe der Weinberge fordern können, deren Revenuen den zu fordernden Alimenten vollständig gleich kamen [92]). Aus dieser Bedeutung von **praelegare** erklärt sich endlich auch die **obligatio praelegata** in **fr. 8 § 6 De libera-**

---

legare mit ante omnia et priore loco legare erklären. Beide Formalitäten können mit und neben unserer mehr materiellen Erklärung bestehn.

90) In den Basiliken (lib. 49 tit. 4 l. 13) sind die oben citirten Worte mit ληγατεύσας τὸ τίμημα αὐτοῦ (scil. δούλου) wiedergegeben.

91) Vgl. *Cuiacius* Comm. in tit. Dig. de rebus dubiis 34, 5 ad l. 17; ad Africanum Tractatus V ad l. 4 de dote praelegata. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 92 findet in diesen Worten hier nur: ein Vorwegvermachen, ein legare im Allgemeinen, weil er es übersieht, daß der Testator schon bei seinem Leben die Alimentationsverbindlichkeit gehabt.

92) Westphal System der einzelnen Vermächtnißarten § 87 a.

tione legata [93]), die soviel als liberatio obligationis legata bezeichnet [94]), indem sie dem unbeauftragten Geschäftsführer das Recht gewährt, Dasjenige behalten zu dürfen, was er aus der Geschäftsführung nur nicht arglistig hinter sich hat [95]).

Ganz besonders aber gehört hierher der andere Fall, da Jemandem Dasjenige legirt wird, was ihm schon in der Eigenschaft als Erben des Testators ganz oder theilweise zukommt [96]), wie Cujacius definirt: **praelegatum est quod extra partem hereditariam heredi praecipuum datur de communi pecunia** [97]) oder **quod praecipui iure heredi relinquitur** [98]) **ultra hereditariam partem** [99]). In dieser Bedeutung, welche uns von nun an ausschließlich beschäftigen soll, finden wir das Wort in zehn Stellen der uns erhaltenen Schriften Scävolas [100]),

---

93) Si heres vetitus sit agere cum eo, qui negotia defuncti gesserit, non videtur obligatio ei praelegata, quae dolo vel fraude eius, qui negotia gesserit, commissa sit; et testator id videtur sensisse. Ideo si heres negotiorum gestorum egisset, agens procurator ex testamento incerti, doli mali exceptione excludi potest.

94) *Cuiacius* Comm. in lib. II Respons. Modestini ad l. 35 De pactis.

95) fr. 20 § 1 De liberat. leg. 34, 3; Westphal a. a. O. § 164.

96) *J. Meieri* Collegium Argentoratense ad Pandectas lib. 33 tit. 4 § 1.

97) Comm. in Digesta 33, 4 ad l. 14.

98) Tractatus V ad Africanum ad l. 4 De dote praelegata. *Gregorius Tholosanus* Syntagma iuris universi lib. 42 cap. 32 § 2 Francof. 1599. Proprie id est praelegatum, quod heredibus ultra et praeter portionem hereditatis legatur, id quod habeat praecipuum et quod coheredibus non communicatur.

99) Diese letzten drei Worte setzt *Cuiacius* im Comm. ad tit. de legatis III ad l. 97 seiner Definition hinzu.

100) fr. 39 § 4 D. fam. erc. 10, 2; fr. 54 De peculio 15, 1; fr. 32, fr. 34 § 3, fr. 39 § 2, fr. 41 § 3 De legatis III. 32; fr. 33 pr. De usu et usufr. leg. 33, 2; fr. 31 pr. De adimendis

außerdem dreimal bei Papinian [101]), zweimal bei Paulus [102]), zweimal bei Pomponius [103]), endlich einmal bei Julian [104]). Hiernach müssen wir die Behauptung Puchtas [105]) entschieden

---

34, 4; fr. 94 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

101) fr. 3 § 3 De usuris 22, 1; fr. 67 § 4 (wenn der Erblasser seinem Erben fideikommissarisch auferlegt hat, seiner Familie ein Grundstück zu hinterlassen, so hat dieser Erbe dem Willen des Erblassers nach der Erklärung Papinians genügt, wenn er auch nur einem der beiden Familienglieder, welche hier zu Erben eingesetzt waren, das Grundstück prälegirt hatte), fr. 77 § 8 De legatis II. 31.

102) fr. 27 § 1, fr. 92 pr. De legatis III. 32.

103) Beide Male im 8 pr. D. fam. herc. 10, 2. Pomponius scribit, si uni ex heredibus praelegatae fuerint rationes, non prius ei tradendas, quam coheredes descripserint. Nam et si servus actor, inquit, fuerit praelegatus (daß hier die gewöhnlichen Handschriften besser lesen, als die Florentina, welche legatus hat, scheint daraus hervorzugehn, daß in den folgenden Worten Ulpians, von dem diese Stelle herrührt, die Worte actor praelegatus unbestritten sich finden, und Ulpian hierbei die Ausdrucksweise des Pomponius copirt, da er sonst niemals das Wort praelegare in dieser Bedeutung [sonst siehe das oben zu Note 90 citirte fr. 16 § 9 D. 38, 2] gebraucht), non aliss eum tradendum, quam rationes reddiderit. Nos videbimus, numquid et cautio sit interponenda: ut quotiens desideratae fuerint rationes, vel actor praelegatus, copia eorum fiat: plerumque enim authenticae rationes sunt necessariae et actor (so schlägt *Cuiacius* Obss. III, 33 statt actori unterstützt durch die Basiliken vor) ad instruenda ea, quae postea emergunt, ad notitiam eius spectantia. Et necessarium est, cautionem ab eo (d. h. dem im Anfange des Fragments bezeichneten uno ex heredibus) super hoc coheredibus praestari. Idem Pomponius. Daß diese zwei letzten Worte, wenn sie von Ulpian herrührten, eine Absurdität enthalten, behauptet zwar *F. Osann* Pomponii de origine iuris fragmentum. Giessae 1848 p. 123, aber ohne genügenden Grund, indem Ulpian nicht von der Meinung des Pomponius abweicht, sondern erklärt, daß auch dieser Jurist eine Caution verlange.

104) fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

105) Cursus der Institutionen Bd. 3 S. 293.

Digitized by Google

zurückweisen, daß die Prokulejaner das Prälegat als ein besonderes Legat betrachtet hätten, wenn gleich nicht in einer besondern Form. Denn die frühesten Juristen, welche sich des Wortes praelegare bedienen, Aburnus Valens [106]), Pomponius und Julianus sind zugleich die spätesten Sabinianer [107]), und wir kennen gar keinen Prokulejaner, welcher sich dieses Wortes bedient hat.

Mehrere Bedeutungen von praelegare gibt es nicht. Denn nach der bisherigen Darstellung verräth es eine ungründliche Behandlung der Sache, wenn Albericus de Rosciate [108]) behauptet, im Falle, daß praelegare in Verbindung mit dem Brautschatze stehe, liege ein Beispiel vor, wo das Compositum statt des einfachen legare gesetzt sey. Eben so unbegründet ist die Behauptung von Ulrich Zasius [109]), Prälegate seyen Vermächtnisse, die vor den übrigen Legaten vorzugsweise befriedigt werden müssen [110]). Ein solches Vorzugsrecht ist aber den Quellen gänzlich fremd [111]). Nicht minder unrichtig ist die Ansicht

---

106) S. oben Note 91 und die letzte Zeile im fr. 2 De origine iuris 1, 2.

107) Man vgl. Dirksen Beiträge S. 137 zu Note 42[b].

108) Dictionarium v. praelegare.

109) Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 17 § 2: Praelegatum est praecipuum legatum, ut cum heredi legatur, vel uxori dos; ista enim sunt legata magis praesentia; item sunt legata, quae aliis legatis praeferuntur, vel quae ante omnia praestat coheres coheredi, quapropter dicuntur praeceptiones, i. e. quae ante et velut praecipua capiantur.

110) Auch *Guido Pancirolus* Thesaurus variarum lectionum lib. II cap. 84 theilt diese Meinung. So erklärt *Gesner* Novus Thesaurus linguae latinae v. praeceptio die in Plinii Epistolae V, 7 genannte praeceptio mit ut in primis et quod aiunt ante omnia daretur reipublicae summa.

111) Man vgl. fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5 (ob. N. 54).

des Athanasius Oteyza et Olano [112]). Er geht von der richtigen Bemerkung aus, daß bisweilen zu einem schon errichteten Legate noch ein neues mit den Worten hoc amplius hinzutrete [113]). Dieß zu einem frühern Vermächtniß hinzugefügte zweite Legat will er Prälegat genannt wissen, während gerade das zuerst hinterlassene auf diesen Namen einigen Anspruch hat. Wenn ferner Cujacius [114]) und von der Pfordten [115]) als eine besondere Bedeutung von praelegare die aufstellen: praelegare nihil aliud est quam per divisionem adsignare filiis, so werden wir unten sehn [116]), daß die nicht bloß vom Vater, sondern von einem jeden Erblasser geschehene Theilung der einzelnen Erbschaftsstücke unter die Erben von den Römischen Juristen zwar unter Umständen, nicht aber immer als eine Species der eben geschilderten Prälegate dargestellt wird, also nicht für etwas Besonderes gelten kann. Hert [117]) endlich erklärt solche Familienstiftungen, bei denen ein Familienglied immer den Niesbrauch an einer der ganzen Familie hinterlassenen Sache hat, für Prälegate oder Verschickungen; ebenso auch den Fall, in welchem gesetzlich ein Kind Etwas zum Voraus vor seinen übrigen

---

Die Worte des Festus v. excipuum: praecipuum quod ante capitur können nur auf die Zeit des Erwerbes bezogen werden.

112) Paralipomena et Electa iuris civilis lib. II cap. 1 § 11.

113) fr. 90 pr. De legatis I. 30; fr. 32 § 2 De legatis II. 31; fr. 34 pr., fr. 38 § 8, fr. 39 pr., fr. 51, fr. 67 De legatis III. 32; fr. 32 § 6, fr. 34 pr. De usu et usufr. leg. 33, 2; fr. 77 pr., fr. 108 De cond. et dem. 35, 1; fr. 18 § 1 De cond. inst. 28, 7.

114) Comm. ad tit. de legatis III ad l. 34 § ult. und öfter.

115) Diss. de praelegatis p. 24 nota *c*. Die von ihm zuerst citirte Beweisstelle fr. 33 D. fam. erc. 10, 2 spricht ganz allgemein von einem theilenden Erblasser.

116) Im zehnten Capitel Note 18 ff.

117) Diss. de praelegatis § 7.

Digitized by Google

Geschwistern hat. Die erste Behauptung ist ganz unbewiesen hingestellt, und auch unerweisbar; was die zweite betrifft, so wird dieses gesetzliche Voraus, welches dem Berechtigten selbst dann, wenn er gar nicht miterbt, zu Theil werden kann, und dessen älteste Anwendung sich vielleicht in der **Lombarda** [118]) findet, zwar im Spanischen: **Meiora** und **Melioratio** [119]), in den französischen Gewohnheitsrechten **preciput** [120]) oder **coqs** [121]), und in vielen deutschen Statuten **Praecipuum** oder Voraus [122]), niemals aber Prälegat genannt [123]).

Praelegatum als Substantiv ist den Quellen fremd, wird aber ganz allgemein [124]) von den Neuern als solches gebraucht [125]).

---

118) II, 14, 11: habeat sibi in antea absque portione fratrum.

119) *Nieto* de praelegatis cap. 1 § 17; Gans das Erbrecht im Mittelalter Bd. 1 S. 438.

120) Gans a. a. O. Bd. 2 S. 183.

121) Gans a. a. O. S. 143.

122) v. Kamptz Sammlung der Provinzial= und statutarischen Gesetze in der Mark Brandenburg. Berlin 1833. Dritte Abtheilung S. 638...644; Maurenbrecher die Rheinpreußischen Landrechte Bd. I S. 253. Vgl. unten im dritten Capitel Note 35.

123) Die einzige Stelle, welche Hert für seine unbegründete Behauptung citirt, rührt von einem anonymen Schriftsteller de Investitura Episcop. Reg. Teuton. (ed. *Schard* p. 809) her, wo es von dem Deutschen Könige Heinrich dem Ersten heißt: legem constituisse, ut quilibet primogenitus, qui Curiae Principis contra hostes in necessitate servierit, absolute prae aliis eius fratribus et sororibus defuncto patre illius vestes et arnesia (Harnisch) *quasi ex quodam praelegato* reportaret, nec talia in divisionem hereditatis paternae ei computari deberent.

124) Wir wollen nur Rein, Tigerström, Christiansen, Arndts, Puchta und Böcking, als die neuesten Beispiele, hervorheben.

125) Schon *Donellus* Comm. lib. 8 cap. 3 äußert sich dahin: a nostris dicitur parelegatum; ebenso *Mornacius* Synopsis

Dagegen findet sich das Substantiv praelegatio einmal bei Scävola für den vollführten Akt des Prälegirens [126]), und noch einmal [127]) in einer Constitution von Caracalla [128]) für die prälegirte Sache selbst. Da aber die Bedeutung von praelegatio in dieser letzten Stelle sehr bestritten ist, so wollen wir die Erklärung dieses schwierigen Rescripts hier versuchen.

Eine Frau, welche bereits Kinder hat, geht eine neue Ehe ein, bestellt sich [129]) einen Brautschatz, und in der Ab-

---

Digestorum ad l. 77 De legatis II: Bartolus semper, ut ceteri Doctores, utitur verbo praelegati, cum ICti dicunt praeceptiones. In der neuesten Zeit machten erst wieder *v. d. Pfordten* Diss. p. 11 nota *d.* und Mühlenbruch Institutionen § 176 Note 1 darauf aufmerksam.

126) fr. 31 § 1 De adimendis 34, 4. Die Worte im zwanzigsten Capitel Note 368; *Forcellini* Lexicon h. v.

127) Denn in den andern bei *Verrutius* novum lexicon utriusque iuris h. v. citirten Stellen, in fr. 95 De legatis III. 32, fr. 1 § 5, fr. 4 De dote praeleg. 33, 4, ist die Lesart zwischen relegatio und praelegatio (dotis) schwankend. Jedenfalls bezeichnet es hier nach *Dirksen* Manuale v. praelegatio § 2: legatum id, quod legatario aliunde iam debetur. S. oben Note 83.

128) c. 2 C. de iure dotium 5, 12. Si stipulatio de restituenda portione dotis datae subiecta est, conditioque eius exstitit, habet ex ea actionem is, in cuius personam utiliter concepta commissaque est. Secundum quod si Polla, soror tua, de restituenda sibi parte dotis habet actionem eo, quod mater vestra donandi animo passa est partem dimidiam dotis post obitum matris filiam stipulari, metuere non debet doli exceptionem, quod matri suae, quae pactum interposuit, heres ex minore quam dimidia portione exstitit, nisi liquido probatum fuerit, matrem eius mutasse dotis pacti voluntatem, contentamque esse voluisse filiam suam pro portione hereditatis praelegationibus, maritumque suum exactione liberari voluisse.

129) Nur unter dieser Voraussetzung gewinnen die Worte passa est dimidiam partem dotis filiam stipulari eine passende Bedeutung. Die Glosse läßt in der Angabe des Casus die dos einer Schwester

Digitized by Google

sicht, ihrer Tochter Polla eine Schenkung von Todeswegen zu machen, läßt sie ihren Mann dieser Tochter das Versprechen geben, wenn durch ihren Tod die Ehe aufgelöst werde, die Hälfte des Brautschatzes dieser Tochter Polla zu restituiren. Ihr Tod hebt die Ehe auf. Jetzt kann Polla die Hälfte des Brautschatzes einfordern, die andre bleibt dem Manne [130]), und keinen Einfluß hat es auf diese Klage, daß Polla auf eine geringere Quote als auf die Hälfte zur Erbin eingesetzt ist. Aber allerdings, damit schließt die kaiserliche Entscheidung, wird der Wittwer mit Erfolg die Einrede der Arglist gegen diese Klage haben, wenn er im Stande ist, den Beweis zu führen, daß seine Frau ihre Liberalität gegen ihre Tochter Polla hinsichtlich der halben Brautgabe zurückgenommen habe, daß sie ihren Wittwer von jeder Klage wegen der dos habe befreien wollen; und daß sie beabsichtigt, ihre Tochter Polla solle mit ihrem Erbtheil und den Prälegaten zufrieden sein, welche sie ihr nach der Angabe des Mannes statt jener halben Brautgabe zugewiesen [131]). Die Worte **maritum suum exactione liberari voluisse** sprechen doch gewiß eine volle Befreiung von der Klage wegen des Brautschatzes aus, so daß die erste Ansicht der Glosse, welche dahin geht, daß die Polla jetzt nur eine so große Quote der Brautgabe einfordern könne, als ihre Erbportion beträgt, also weniger als die Hälfte, für eine unrichtige betrachtet werden muß. Die zweite Ansicht der Glosse geht dahin, daß durch die hinterlassene Erbschaft die Tochter zufriedengestellt sein müsse wegen ihrer Forderung auf den halben Brautschatz. Um diese Ansicht zu

---

der Polla, zu den Worten si Polla, dieser Polla selbst von der Mutter die dos bestellen.

130) als adventitia dos. Ulpiani Tituli VI, 5.

131) So Baldus zu dieser Stelle.

begründen, muß die Glosse unter praelegationes verstehn das concessum ius petendae dotis, was sie dadurch zu motiviren sucht, daß dieses Recht auf die halbe Brautgabe erst auf den Todesfall der Mutter zugesagt sey, also als eine mortis causa donatio den Legaten gleich stehe. Allein abgesehn von diesem künstlichen, aber nicht kunstgerechten, Beweise einer sonst nirgends sich findenden Bedeutung von praelegatio wäre noch gar nicht abzusehn, wie der Concipient des Rescripts dazu gekommen wäre, von einer Mehrheit von praelegationes zu sprechen, da nur ein einziges Recht der Polla zugesprochen war. Aber — und das ist das Entscheidende — wäre dieß wirklich die Meinung des Kaisers gewesen, so hätte es nicht heißen können contentam esse voluisse filiam suam pro portione hereditatis praelegationibus, sondern contentam portione hereditatis pro praelegatione, die Mutter habe gewollt, ihre Tochter solle statt dieser praelegationes mit der Erbportion zufrieden sein [132]). Daher müssen wir uns für die dritte und letzte Meinung in der Glosse, die des Joannes Bassianus, erklären, wornach praelegationes als quaedam res, quas sibi praelegavit verstanden werden. Er fügt aber hinzu: die Worte pro portione hereditatis bedeuten pro partibus coheredum [133]), weil pro ea parte,

132) Aehnlich dieser Erklärung ist die Auffassung unseres Rescripts in dem Basilikenscholion zu lib. 29 tit. 1 l. 89, wo dasselbe fast wörtlich übersetzt sich findet, und die Worte pro portione hereditatis praelegationibus so wiedergegeben sind: τοῖς ὑπὲρ τοῦ μέρους τῆς κληρονομίας ἀφαιρεθεῖσι d. h. iis quae pro portione hereditatis praecepta sunt, so als wenn statt jener vier Worte nur die beiden mittelsten portione hereditatis dastünden.

133) Vgl. fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2, wo es aber heißt: a coherede filii pro hereditaria parte (scil. coheredis) fideicommissum peti posse.

Digitized by Google

pro qua est heres, die Prälegate ungiltig sind. Diese Bedeutung von **pro portione hereditatis** ist grammatisch unmöglich. Nach der Grammatik sind nur folgende zwei Erklärungen möglich. Nach der einen bedeuten jene Worte: die Polla solle zufrieden sein mit den Prälegaten, insoweit sie auf ihrer Erbportion haften, also mit weniger als der Hälfte der von der Mutter ihr ausgesetzten Prälegate. Wäre das gemeint, so würde sicher hier gar nicht von Prälegaten die Rede sein, da dieselben ja **pro portione hereditatis** des Prälegatars ungiltig sind [134]). Es bleibt daher nur noch die andere Bedeutung von **pro portione hereditatis** übrig, die nemlich: statt der Erbportion, wie in **fr. 27 § 1 De legatis III. 32** und in **c. 13 C. de hered. inst. 6, 24**, wo statt des Erbtheils später bestimmte einzelne Sachen Jemandem hinterlassen sind. Diese Bedeutung ist aber auch im vorliegenden speziellen Falle unmöglich anzunehmen, da ja vorher gesagt wird, daß die Polla **ex minore quam dimidia parte heres exstitit.** Nach dieser Ausführung glauben wir folgende leichte Textesänderung vorschlagen zu dürfen, nemlich statt **pro portione hereditatis** zu lesen: **pro portione datae dotis** [135]). Dann ist der Sinn der Stelle: die Polla solle mit dem Prälegate statt der Hälfte der gegebenen und ihr zugesagten Brautgabe zufrieden sein, auch auf das Deutlichste in diesen Worten wiedergegeben.

Hieraus sehn wir, daß **praelegatio** und **praeceptio** darin übereinstimmen, daß beide Worte sowohl den Akt des Legirens als das legirte Objekt zu Gunsten eines Erben bezeich-

---

134) Dieß sieht auch Joannes Bassianus ein.

135) Wie in der ersten Zeile es heißt: **de restituenda portione dotis datae.**

nen. Darin aber variiren beide Bedeutungen von einander, daß zum Begriff der praeceptio die Form des per praeceptionem legare, wenigstens das Wort praecipere verlangt wurde, worauf es bei der praelegatio gar nicht ankam [136]). Noch mehr unterscheiden sich die Zeitwörter praelegare und praecipere. Von den beiden Bedeutungen des letzten Wortes: des förmlichen letztwilligen Anordnens und des Nehmens dieser förmlichen Anordnung gemäß hat praelegare nur die erste Bedeutung des letztwilligen Anordnens, jedoch ohne dabei auf eine Förmlichkeit beschränkt zu sein [137]). Man kann daher wohl sagen [138]), daß das praeceptionis legatum immer ein Prälegat gewesen sey, wenn es einem Erben hinterlassen war, ohne daß wir auch die umgekehrte Behauptung aufstellen können, daß nemlich beide Begriffe Synonyma ge-

136) *Borcholten* Commentaria in Instit. lib. II tit. 20 § 2: Potuit quidem et aliis modis heredi legari fr. 1 § 6 D. quod legatorum, sed per praeceptionem non legabatur nisi heredibus. Unrichtig ist die Meinung von Giphanius Explanatio legum difficiliorum Codicis bei Erklärung der c. 24 C. familiae hercisc. p. 187: nunquam est praelegatum sine verbo praecipiendi vel praeceptionis expresso. Vgl. das zehnte Capitel zu Note 2 ... 9.

137) Auf diesen Unterschied macht auch *Joannes Parladorius* (differentiarum quotidianarum Sesquicenturia Diff. 16 in seinen Opera iuridica. Lugduni 1678 fol. p. 239, 240 nr. 2) aufmerksam; allein wenn er noch meint, praecipere habe darin eine weitere Bedeutung als praelegare, daß es auch Erbschaftsquoten zu seinem Objekte haben könne, so ist diese auf fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebellianum und auf fr. 75 § 1 De legatis II gestützte Behauptung unbegründet.

138) So Nieto Cap. 1 § 24 Cap. 3 § 13, wiewohl er noch zwischen praeceptionis legatum, welches auch ein Vindikationslegat begreifen könne, und praeceptio unterscheidet. Ebenso *Guido Pancirolus* Thesaurus variarum lectionum lib. II cap. 84.

Digitized by Google

wesen, was wir jedoch sehr häufig mehr oder weniger ausdrücklich ausgesprochen finden [139]).

139) Die Glossatoren brauchten überall beide Worte gleichbedeutend, ebenso die Spätern, namentlich *Albericus de Rosciate*, *Raphael Cumanus*, *Duarenus*, *Cuiacius*, *Hotomanus*, *A. Faber*, *Mornacius*, *Hunnius*, *de Barry*, *Prateius*, *Calvinus*, *Vicat*, *Francke*, *Pfeiffer*, *Warnkoenig*, Lang, Roßhirt, Arndts, Puchta.

Zweites Capitel.

Das Rechtsgeschichtliche.

Wenn gleich die heutige Jurisprudenz der Natur der Sache nach nur die beiden Römischen Hauptformen der Legate, Damnations- und Vindikations-Legate, zu unterscheiden Ursache hat [1]), so läßt sich doch auf historischem Wege die Einführung der besondern Form des **per praeceptionem legare** [2]) bei den Römern vertheidigen. Einmal ist es so ganz natürlich, daß der Erblasser durch specielle Hinterlassung eines ihm besonders lieben oder werthvollen Gegenstandes aus seinem Vermögen eben so gut einzelne Erben als Fremde auszeichnen will, sodann aber tritt uns in Rom noch folgender Umstand entgegen.

Gewiß schon seit dem Zwölftafelgesetze [3]), welches dem

---

1) *A. Faber* Coniecturae lib. 6 cap. 1.

2) Einige Juristen, wie Schweppe Rechtsgeschichte § 499, Christiansen Institutionen S. 721, Puchta Cursus der Institutionen Bd. 3 S. 293 sind der Meinung, daß die Prokulejaner gar nicht das legatum praeceptionis als eine besondere Gattung der Vermächtnisse anerkannt hätten; allein diese Ansicht ist unrichtig. Sowohl Sabinianer als Prokulejaner erkannten vier Arten der Legate an, und zwar einstimmig die per praeceptionem legata als Vermächtnisse für Erben, und wichen nur in deren Behandlung ab, wenn an extranei solche vom Erblasser hinterlassen waren.

3) Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 256 läßt schon vor den zwölf Tafeln vom Erblasser einem testamentarischen Erben noch außer

Testator volle Willkühr[4]) im Testiren gewährte, geschah es nicht selten, daß Testatoren durch die Anordnung von großen und zahlreichen Legaten ihr Vermögen versplitterten, und dem Erben nur die eitle Ehre, Erbe zu heißen, hinterließen[5]), ja wohl gar die Bürde auferlegten, aus eigenem Vermögen diese letztwilligen Zuwendungen zu bezahlen[6]). Während nun solchen Testatoren, die nicht bloß auf die Gefälligkeit, sondern sogar auf den Beutel des eingesetzten Erben spekulirten, ganz Recht geschah, daß ihnen nicht die Ehre zu Theil wurde, ihrem letzten Willen gemäß beerbt zu werden[7]), war es gegen die Legatarien eine offenbare Härte, daß sie nun Nichts von dem Intestaterben erhielten. Aber es trat auch noch die üble Folge ein, daß mancher Testamentserbe, der mit einer Reihe von Vermächtnissen sich belastet sah, und nicht sogleich überblicken konnte, ob ihm Etwas für seine Mühe als Erbe und Testaments-Vollzieher

---

Erbschaftsquoten bestimmte einzelne Rechte zuwenden, während Huschke Ueber das Recht des Nexum S. 218 die per praeceptionem relicta legata erst nach Cicero entstanden glaubt.

4) Gans das Erbrecht in weltgeschichtlicher Bedeutung Bd. 2 S. 73 ff.

5) Gaius II, 224. Diesen honor (fr. 26 pr. D. si quis omissa 29, 4) hereditatis (Valerius Maximus VII, 7, pr.) nennt Cicero pro Quintio cap. 4 summus honor, pro Caecina cap. 4 magnus honor, Ulpian im fr. 5 § 6 De legatis praestandis 37, 5 plenior honor. Vgl. *G. Fornerius* Selectionum lib. I cap. 19 in *Otto* Thes. Tom. II p. 28..30.

6) Denn die Rechtsregel, daß die Legate nicht über den Betrag der Erbmasse hinaus bezahlt werden durften, war sicher erst ein Ergebniß der ausgebildeten Jurisprudenz. Wenigstens Ulpian beruft sich zur Unterstützung dieser Regel auf ein Reskript von Antoninus Pius fr. 1 § 17 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Vgl. Huschke das Recht des Nexum S. 215 Note 338.

7) Was einen Römer höchst interessirte fr. 6 De interrog. in iure 11, 1.

übrig blieb, die Erbschaft ausschlug, und so sich selbst und die Legatarien um einen reellen Gewinn brachte. Wahrscheinlich ehe noch dieserhalb die Gesetzgebung, zuerst durch die **lex Furia**[8]), einschritt, zeigte sich schon die Jurisprudenz zur Abhilfe dieser Uebelstände thätig, und schuf ein Mittel, dem ängstlichen Erben die feste Ueberzeugung zu gewähren, daß ihm ein reeller Vortheil aus der Erbschaft zufallen müsse. Dieß Mittel war das **per praeceptionem legare**, das Hinterlassen einzelner Vermögensstücke an die Testamentserben, was zu jener alten Zeit in einer solennen Form vor sich gehn mußte, wobei natürlich die älteste, vielleicht damals noch die einzige Form der Legate, das **Vindikationslegat**[9]), zum Vorbilde genommen wurde[10]). Dadurch, daß dem Testamentserben eine Erbschaftssache als sicherer Gewinn hinterlassen wurde, sah er sich veranlaßt, die ihm angebotene Erbschaft, eines Gewinnes sicher, dreist anzutreten[11]). Durch die **lex Falcidia** war auf andere Weise ein in der Regel noch stärkeres Reizmittel zum Antritt der Erbschaft im Falle der Ueberlastung derselben mit Legaten gegeben. Nichtsdestoweniger blieb diese Legatsform jetzt wohl nur zu dem oben auch schon genannten Zwecke bestehn, einem Erben auch noch ausschließlich einen speziellen Gegenstand, der ihm besonders zusagte, zu hinterlassen.

Aus dieser Hypothese erklärt es sich, weshalb die Sabi-

---

8) *Nieto* de praelegatis cap. 2 § 10, § 11.

9) Huschke a. a. O. S. 213.

10) Ein Beispiel des do lego legare für einen Erben referirt aus Julians Schriften Ulpian in den Vatikanischen Fragmenten § 87.

11) Hiernach stimmen wir keineswegs mit Reinhardt (Ergänzungen zu Glücks Pandekten Bd. 3 S. 110) überein, welcher das per praeceptionem legare eine Ausgeburt der Doktrin nennt, und zwar eine sehr kränkliche, welche durch lauter Streitfragen beinahe erdrückt sey.

nianer, die sich bei der buchstäblichen Anwendung namentlich der von den alten Juristen herrührenden Prinzipien gefielen [12]), bei der Behauptung stehn blieben, es dürfe keinem Andern **per praeceptionem** legirt werden, als dem, welcher auf eine Quote zum Erben eingesetzt sey; dieß verlange der Wortsinn; denn **praecipere** heiße vorwegnehmen, was demnach nur bei einem Theilerben möglich sey, der außer seiner Erbportion noch dieß Legat für sich vorwegnehmen dürfe [13]); darum sey auch ein solches Legat einem Nichterben hinterlassen nach strengem Civilrechte ungiltig [14]). Als eine singuläre Meinung des Cälius Sabinus [15]), nicht etwa der ganzen Schule der

12) Dirksen Beiträge zur Kunde des Römischen Rechts S. 124.

13) Gaius II, 217. *Athanasius Oteyza et Olano* Paralipomena et Electa iuris civilis lib. II cap. 1 § 3: praeceptionis legatum dicitur, quia prae aliis rebus hereditariis heres praelegatum capit i. e. ante alias res et ultra res.

14) Gaius II, 218. Im Anfange dieses Paragraphen heißt es ganz allgemein inutile est, vier Zeilen weiter iure civili non valet, und gleich darauf iure civili inutile est.

15) Wir sind mit Hugo (Elfte Rechtsgeschichte S. 935 Z. 18, 19) der Ansicht, daß hier nicht Masurius Sabinus (den hier Zimmern Rechtsgeschichte Bd. 1 § 84 Note 2 als unzweifelhaft annimmt), sondern der jüngere Sabinus zu verstehn sey. Denn da der Erste ein Schüler Capito's war, also unter August und Tiberius blühte, so mußte er unter Nero ein Greis sein. Es paßt daher eine eigenthümliche Ansicht über einen Senatsbeschluß unter Nero weit eher zu den Zeitumständen des Cälius Sabinus, der unter Nero im kräftigsten Mannesalter stand. Denn aus Tacitus (Historiae I, 77) wissen wir, daß er in dem Jahre nach Nero's Ermordung das Consulat bekleidete. Auch ist die Ansicht Schraders (Heidelberger Jahrbücher 1823 S. 980), bei Gaius bezeichne Sabinus schlechthin immer den Masurius, nicht zuzugestehn. Denn außer solchen Verbindungen, wie apud Fufidium Sabino placet (Gaius II, 154) und der so häufigen: Sabinus et Cassius, wo sich von selbst Masurius versteht, kommt nur noch außer an unserer Stelle ein einziges Mal (III,

Sabinianer [16]) hebt Gaius die Ansicht hervor, ein per praeceptionem an einen Nichterben hinterlassenes Legat habe nicht einmal durch das SCtum Neronianum convalesciren können, weil dieser Senatsbeschluß nur solche Legate giltig mache, die wegen eines Fehlers in den Worten nach strengem Civilrecht keine Giltigkeit haben konnten [17]), nicht aber solche, die wegen der Person des Legatars ungiltig waren. Diese Ansicht ist bereits von Julian [18]) aus folgendem richtigen Grunde als verfehlt bezeichnet: das Präceptionslegat ist, wenn es einem Nichterben hinterlassen wird, nicht um der Person des Legatars willen, sondern darum ungiltig, weil der Testator ein unpassendes Wort: praecipito gebraucht hat; denn wäre es einem Nichterben per vindicationem oder per damnationem oder sinendi modo hinterlassen worden, so wäre ja das Legat sogleich nach strengem Civilrechte giltig gewesen [19]).

---

218) ein Sabinus vor, dessen Geschlechtsname ungewiß ist, und einmal wird Masurius Sabinus (III, 183), zweimal Caelius Sabinus (III, 70, 141) genannt. Daß diese Ansicht des Sabinus Anhänger gewonnen, ist uns wenigstens nicht bekannt. Daher ist es ungenau, wenn Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 114 diese Ansicht „einigen römischen Juristen" zuschreibt.

16) Dirksen Beiträge S. 71 Note 37.

17) Ulpiani tituli XXIV § 11 a.

18) In der Handschrift des Gaius steht hinter dem Worte Juliano: ex Sexto. Daß diese Worte keinen Sinn geben, hat Savigny sogleich bemerkt, und Lachmann deshalb die Conjectur et Sexto (Pomponio) gegen einzelne Vertheidiger der handschriftlichen Lesart in Schutz genommen. Vielleicht sind diese beiden Worte ex Sexto ganz fortzulassen, indem der Abschreiber die eine halbe Zeile darauf (Juliano ex sexto placuit etiam hoc casu ex Senatusconsulto confirmari legatum) vorkommenden Worte ex senatusconsulto (ex scto oder ex sc.to geschrieben) zu früh copirt, und sie, um nicht die äußere Schönheit der Handschrift zu verunzieren, mit Unrecht stehn gelassen.

19) Anders, so fährt Gaius II, 218 fort, muß die Entschei-

Die Sabinianer glaubten ferner[20]), das Präceptionslegat könne einzig und allein durch das familiae herciscundae iudicium geltend gemacht werden[21]), indem es zur Pflicht des Theilungsrichters der Erbschaft gehört, auch das dem Erben zu abjudiciren, was ihm per praeceptionem legirt ist[22]), woraus natürlich folgt, daß nur was dem Testator gehörte,

---

bung ausfallen, wenn einem solchen legirt wird, dem gar nicht legirt werden darf, wie einem, dem die testamenti factio fehlt. Daher durfte das der Stadt Comi zur Zeit Trajans hinterlassene Präceptionslegat auch nicht nach dem unter Nero gefaßten Senatsbeschlusse aufrecht erhalten werden, weil damals den Stadtgemeinden die sog. testamenti factio passiva fehlte. Vgl. das dritte Capitel zu Note 11 ff.

20) Gaius II, 219. Nur den ältern Sabinianern diese Ansicht zuzuschreiben, darum, weil Julian bereits dem abstinirenden Erben das Legat — wir wissen freilich nicht mit Gewißheit, ob es per praeceptionem hinterlassen war — einzuklagen (legatum petere) verstattet, fr. 18 De legatis I. 30, ist gar nicht nöthig. Denn der repudiirende Erbe gilt als ein extraneus, und deshalb konnte ihm eine persönliche Klage gegen die Erben gegeben werden Gaius II, 204. Von einer solchen ist also wohl das legatum petere Julians zu verstehn. S. unten Note 60.

21) Also nicht mit der vindicatio. Mayer das Recht der Anwachsung. Tübingen 1835, S. 101, 103. Die familiae herciscundae actio ist aber nicht durch die besondere Natur des Präceptionslegates, welches gar keine besondere Klage für den Berechtigten erzeugte, begründet, sondern folgt nothwendig aus dessen Erbrecht. Darum aber müssen wir auch annehmen, daß dem Erben, mochte ihm ein Legat, auf welche Art nur immer, hinterlassen sein, diese Klage zustand, nicht blos nach Justinianeischem Rechte (*Voorda* Interprett. et Emend. cap. 25), sondern schon nach dem Rechte der klassischen Juristen, so daß, wenn in deren Fragmenten dem Erben wegen eines Vermächtnisses die familiae herciscundae actio verstattet wird, nicht nothwendig ein per praeceptionem hinterlassenes Legat anzunehmen ist, wiewohl dieß z. B. *Voorda* a. a. O. cap. 27 behauptet.

22) Gaius II, 219.

gleichviel ob **ex iure Quiritium** oder **in bonis**[23]), **per praeceptionem** giltig legirt werden konnte, indem nur Erbschaftssachen in jener Klage adjudicirt werden[24]). Hat also der Testator nicht eigene Sachen **per praeceptionem** legirt[25]), so ist dieß nach strengem Civilrechte ungiltig, wird aber durch das Neronische Senatusconsult confirmirt, d. h. als Damnationslegat aufrecht erhalten[26]). Nur in einem einzigen Falle[27]) erklärten die Sabinianer auch schon nach altem Civilrechte das Präceptionslegat einer fremden Sache geradezu für giltig, nemlich[28]) wenn Jemand einem seiner Erben eine Sache legirt, welche er seinem Gläubiger **fiduciae causa** mancipirt hat[29]). Hier mußte der Richter pflichtmäßig alle Erben ins=

---

23) Daß es auf diesen Unterschied nicht ankommt, geht theils aus Gaius II, 220 hervor, wo nach der Sabinianer Meinung als Gegenstand des Präceptionslegates nur verlangt wird, quod testatoris sit, theils aus Gaius II, 222, wornach selbst die Prokulejaner für den Fall, daß eine Sache einem Erben legirt war, woran der Erblasser nur das in bonis hatte, das herciscundae familiae iudicium bewilligen. A. M. *Heineccius* Elementa iuris civ. sec. ord. Pandect. lib. 30 § 121: res, quae tempore mortis et testamenti factionis in dominio iuris Quiritium erant; ebenso Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 288.

24) Walter Römische Rechtsgeschichte S. 700.

25) z. B. Geld, welches nicht in der Erbschaft sich findet; oder nach dem Tode des Testator entstandene Erzeugnisse. Nieto Cap. 1 § 3, § 6.

26) Gaius II, 220: ex SCto confirmabitur.

27) Gaius II, 220: aliquo casu. *Dirksen* Manuale v. aliquis § 1: certus quis, singulus. Gans das Erbrecht B. 2 S. 198, 199 will in diesem einzigen Punkte den Unterschied zwischen dem Vindikations= und dem Präceptions=Legate finden.

28) veluti sagt Gaius a. a. O. d. h. scilicet, dumtaxat. *Dirksen* Manuale v. veluti § 4, Schilling Institutionen Bd. 3 § 285 Note r.

29) Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 116 ist der An=

Digitized by Google

gesammt zwingen [30]), die Pfandschuld zu bezahlen, und so das Pfand einzulösen, damit der Legatar es ungestört behalten konnte [31]).

Die Proculejaner, mehr das innere Wesen, als bloß das Formular dieser Art der Legate beachtend [32]), waren der Meinung, auch einem Nichterben könne per praeceptionem schon nach altem Civilrechte giltig legirt werden, so daß zum Nachtheil jedes Erben etwas aus der Erbschaft vorweggenommen würde [33]); man müsse nur praecipito alsdann so verstehn, als wenn bloß capito stünde, und darum müsse dieß Legat, wenn es seinem Objekte nach ein Vindikationslegat sein könne, als solches gelten [34]), für welche Ansicht sich auch Hadrian in einer

---

sicht, daß in einigen Fällen eine solche Ausnahme von den Sabinianern gemacht sey. Aber wenn auch die von Gaius gebrauchten Worte: aliquo casu und veluti, allerdings einer zwiefachen Auslegung fähig sind, so wird es doch schwer sein, einige dem hervorgehobenen Beispiele ähnliche Fälle zu finden, in welchen diese Ausnahme eintreten konnte. Denn den Fall, daß die legirte Sache fiduciae causa nicht mancipirt, sondern in iure cedirt war, Gaius II, 59, erklären wir nicht für einen ähnlichen, sondern für denselben Fall.

30) Die von Gaius genannten coheredes (officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia solvere eam rem, ut possit praecipere is cui ita legatum sit) sind nicht bloß die Miterben des Prälegatars, so daß dieser selbst von dem Beitrage aus seiner Erbportion befreit wäre, sondern alle eingesetzte Erben zusammen. Denn Gaius selbst sagt ja gerade in einem solchen Falle, wo dem Miterben eine Sache vermacht ist, die vom Erblasser verpfändet war, im fr. 28 D. fam. herc. 10, 2, die Pfandverbindlichkeit müsse auf gemeinsame Kosten, ex communi pecunia, gelöst, und die Sache dergestalt dem Erblegatar überlassen werden. Vgl. fr. 33 D. eod. und Gans Scholien zum Gaius S. 337.

31) Gaius II, 220.

32) Dirksen Beiträge S. 71.

33) Christiansen Institutionen S. 721.

34) Gaius II, 193 si legatum fuerit: capito, per vindicationem legatum est.

Constitution ausgesprochen haben soll [35]). Nach dieser Ansicht des Proculus und seiner Anhänger wurde erst dann, wenn das per praeceptionem hinterlassene Legat wegen seines Objekts nicht als Vindikationslegat bestehn konnte, es in ein Damnationslegat umgewandelt. Ist also die per praeceptionem legirte Sache ex iure Quiritium dem Testator gehörig [36]), so gewährten die Proculejaner dem Legatar, mochte er Miterbe sein oder simpler Legatar, die vindicatio, dem Ersten außerdem noch in Uebereinstimmung mit den Sabinianern die familiae herciscundae actio [37]). War die per praeceptionem legirte

35) Gaius II, 221: quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse. Trotz dem, daß Gaius diese Constitution nur nach Hörensagen referirt (Dirksen a. a. O. S. 148) kann man doch die Behauptung Schraders (Heidelberger Jahrbücher 1823 S. 980) für wahr annehmen, daß sich durch diese kaiserliche Entscheidung die Ansicht der Proculejaner in der Praxis befestigt habe.

36) Marezoll Zeitschrift Bd. 9 S. 115 verlangt, daß die Sache sowohl im Momente der Testamentserrichtung als in dem des Todes auf solche Art dem Erblasser gehört habe. Er hätte dabei noch die Ausnahme hinzufügen können, daß bei den Sachen, die pondere, numero vel mensura constant, das Eigenthum im Todesmomente genügte. Gaius II, 196.

37) Gaius II, 222; *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis § 16 p. 58. Dieß leugnet Marezoll a. a. O. S. 116, S. 288, behauptend, die familiae herciscundae actio habe nach der Proculejaner Meinung nur im Nothfalle Statt gefunden, wenn ein Requisit der strengen praeceptio gemangelt, aber doch das Legat als Damnationslegat habe giltig bleiben können, namentlich wenn der Testator die so legirte Sache nur in bonis gehabt. Daß in diesem letzten Falle die genannte Klage von den Proculejanern gestattet gewesen sey, sagt hier Gaius ausdrücklich. Keineswegs können wir uns aber für berechtigt halten, anzunehmen, die Proculejaner hätten dem Prälegatarerben nur die vindicatio und nicht auch die familiae herciscundae actio auf das legirte Objekt zugestanden, da sie hinsichtlich des einem Erben hinterlassenen Präceptionslegates gar keine abweichende Meinung von den Sabinianern hatten.

Digitized by Google

Sache in bonis des Erblassers gewesen, so hatte nach beider Juristenschulen Ansicht der simple Legatar vermöge des Senatsbeschlusses von Nero gewiß eine **in personam actio**, welche die Proculejaner in einem solchen Falle dem Legatarerben neben der **familiae herciscundae actio** auch nicht abgesprochen [38]), vielleicht sogar demselben auch eine **utilis vindicatio** verstattet haben mögen [39]). Hatte endlich die **per praeceptionem** legirte Sache dem Testator gar nicht gehört, so ließen alle Juristen ebenso für den Erblegatar als für den simpeln Vermächtnißnehmer das Legat erst durch den Senatsbeschluß wirksam werden, und Einer wie der Andere konnte das Legat nur mit einer persönlichen Klage einfordern [40]).

Darüber war kein Streit, wenn zweien oder mehreren Personen, mochten dieselben Erben [41]) oder Nichterben [42]) sein, dieselbe Sache **coniunctim** oder **disiunctim per praeceptionem** legirt war, nicht der Eine die legirte Sache ganz einfordern, und der Andere deren Werth mit Erfolg in Anspruch nehmen durfte, wie bei dem **disiunctim** an Mehrere hinterlassenen Damnationslegate [43]), sondern die einzelnen Legatarien hatten in beiden Fällen nur auf Theile Anspruch [44]). Gaius drückt sich hierüber II, 223 also aus: **Sive tamen heredibus secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis secundum illorum opinionem, duobus pluribusve eadem**

38) Mayer das Recht der Anwachsung S. 103, 104.

39) *Olemann* Antinomiae iuris civilis servata serie titulorum Inst. Disp. 19 nr. 19.

40) Gaius II, 222. Claussen in der Juristischen Zeitschrift. Kiel 1845, S. 168.

41) Nach der Meinung der Sabinianer und Prokulejaner.

42) Nach der Meinung der Prokulejaner allein.

43) Gaius II, 205.

44) So schon nach Gaii Epitome II, 5, 7 *Alciatus* Parerga III, 1 und *Harpprecht* Comm. in § 2 I. 2, 20.

Digitized by Google

res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent. Diese Worte sprechen es nicht aus, wie es in dem Falle zu halten sey, wenn einer von den zu dem Präceptionslegate Berufenen ausfällt, ob hier die ausfallende Legatsportion in der Erbschaft zurückbleiben, oder den Collegatarien zufallen soll. Es sind daher verschiedene Meinungen aufgestellt [45]. Nach der einen hat Gaius die Ausschließung des Anwachsungsrechtes bei Präceptionslegaten als etwas von allen Partheien Anerkanntes bezeichnen wollen [46]); dagegen nach der andern Meinung soll der Umstand, daß Gaius sich hier nur über die Theilung ausläßt, ohne des Ausfallens eines der Theilenden zu gedenken, Nichts bedeuten können gegen den allgemeinen Rechtssatz, daß ein Anwachsungsrecht immer eintreten müsse, so oft einer von mehreren Collegatarien, denen das nemliche Objekt hinterlassen ist, ausfällt [47]).

Mit dieser letztern Ansicht scheint der hier bezügliche Paragraph bei Gaius in besserer Harmonie zu stehn. Er sagt von den mehreren Legatarien, denen **per praeceptionem** die-

---

45) Daß auch die klassischen Juristen bei diesem Legate über das Anwachsungsrecht gestritten, wie dieß bei dem **sinendi modo legatum** der Fall war, Gaius II, 215, behauptet zwar Thibaut Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des Römischen Rechts § 251, aber ohne genügenden Grund.

46) So Witte in Weiske Rechtslexikon Bd. 1 S. 316 Note 212.

47) So K. A. Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten. Berlin 1837 S. 89. Für diese Ansicht ist die Mehrzahl der Juristen mit Recht, z. B. *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 7; *Bach* de iure accrescendi in seinen Opera p. 343, 344, 346; Zimmern und Neustetel Römisch-rechtliche Untersuchungen S. 90 Note 2; L. A. Schilling Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte S. 202; *Heimsoeth* de usufructu accrescendo. Coloniae 1831 p. 6, 8; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 591; Huschke in Richters kritischen Jahrbüchern 1838 S. 308.

Digitized by Google

selbe Sache coniunctim oder disiunctim legirt ist, **singuli partes habere debent.** Diese letzten Worte können nun in verschiedenen Beziehungen aufgefaßt werden. Einmal dahin: die Collegatarien müssen sich, wenn Jeder sein Recht in Anspruch nimmt, mit so vielen Theilen des legirten Objekts begnügen, als Berechtigte da sind, ohne daß hier, wie bei **disiunctim per damnationem** hinterlassenen Legaten Jeder auf die **solida res** Anspruch machen, also der Eine die Sache, der Andere deren Taxwerth erhalten könnte [48]). Sodann dahin: so wie Gaius, nachdem er bei dem Vindikationslegate [49]) den allgemein anerkannten Rechtssatz ausgesprochen hat, daß, wenn Mehreren dieselbe Sache **coniunctim** oder **disiunctim** legirt ist, jeder Einzelne nur auf einen Theil Anspruch hat, noch den Zusatz macht: wenn einer von diesen Legatarien ausfällt, so wächst sein Theil den Collegatarien zu; ebenso kann derselbe Zusatz auch hier supplirt werden [50]). Denn dieses Stillschweigen des Gaius über das Anwachsungsrecht läßt sich auf folgende Weise erklären. Ungeachtet das Präceptionslegat sich im Ganzen dem Vindikationslegate anschließt [51]), also

48) Gaius II, 205. So ist es in der Epitome Gaii aufgefaßt, indem der hierauf bezügliche § 7 lib. II tit. 5 mit den Worten schließt: non uni res et alii aestimatio (scil. debetur), sicut in legato damnationis est constitutum.

49) Gaius II, 199.

50) Mayer das Recht der Anwachsung S. 130, 131, welcher zugleich hier die Ansicht ausspricht, daß auch die spätere Jurisprudenz eine Anwachsung bei dem per praeceptionem legatum zugelassen. Dafür spricht c. 7 pr. C. de legatis 6, 37: Si Fortidianum fundum primo pater tuus fratribus per praeceptionem, ac mox tibi legavit, concursu dominium eius tibi quoque quaeritur. Wahrscheinlich war hier nur den ersten in der Präceptionsform, dem letzten in der Vindikationsform dasselbe Objekt legirt.

51) Gaius II, 220, 221. Unrichtig spricht *Schilter* Praxis

nach dessen Vorbilde auch im Ganzen das Anwachsungsrecht zulassen wird, so wurde doch nach dem Neronianischen Senatsbeschlusse auch ein per praeceptionem hinterlassenes Legat als Damnationslegat aufrecht erhalten, wenn sein Gegenstand nicht im Eigenthum des Erblassers gestanden [52]). In solchen Fällen mußten natürlich die beim Damnationslegate geltenden Principien eintreten, bei welchem kein Anwachsungsrecht galt, mochte coniunctim oder disiunctim Mehreren legirt sein [53]). Es hing also davon ab, was der Gegenstand des per praeceptionem hinterlassenen Legates war, ob man das Anwachsungsrecht zulassen oder ausschließen mußte [53 a]).

Während wir durch die bisherigen aus Gaius mitgetheilten Notizen mitten in die Streitigkeiten der Juristenschulen eingeführt sind, ist die Frage nicht von der Hand zu weisen, zu wessen Gunsten diese Streitigkeiten entschieden sind, nachdem die Juristenschulen, größtentheils durch eine innige Verschmelzung der grammatischen und psychologischen Interpretation, ihr Ende gefunden.

---

iuris Romani Exerc. ad Pandectas XXXIX § 5 von einer formula per praeceptionem, qua coheres damnatur permittere, ut legato coheres gaudeat.

52) Puchta Cursus der Institutionen Bd. 3 S. 294: in den Formen außer dem Damnationslegate können nur Sachen und iura in re legirt werden.

53) Gaius II, 205.

53 a) Daß für die Präceptionslegate keine Eigenthümlichkeit hinsichtlich der Anwachsung Statt fand, dafür können auch die Vatikanischen Fragmente § 86, 87 angeführt werden, worin von Vermächtnissen an Erben hinterlassen und von deren Anwachsung die Rede ist, und wo nur der Unterschied von Julian und Ulpian hervorgehoben wird, ob sie in der Vindikations- oder der Damnations-Form hinterlassen sind. Man vergl. das sechszehnte Capitel zu Note 41 ff.

Man könnte glauben, daß die Frage, wie es später gehalten, wenn einem Nichterben per praeceptionem legirt sey, sich gar nicht entscheiden ließe, da die Epitomatoren des Gaius [54]), sowie die spätern Glossographen [55]) es nur für möglich erklären, daß an Theilerben per praeceptionem legirt werden könne, und alle Beispiele in Justinians Rechtsbüchern, in denen diese Form der Legate noch erwähnt ist, nur von Erben sprechen [56]). Einzig im fr. 116 § 1 De legatis I. 30 ist es möglich, daß hier, wo neben einem Miterben auch extranei zu demselben Legate berufen sind, per praeceptionem legirt gewesen [57]); und hier finden wir die Berechtigung auch der Nichterben zur Vindikation des Vermächtnisses ausgesprochen (extranei...vindicabunt), so daß wahrscheinlich auch hierin, wie in den andern streitigen Punk-

54) lib. II tit. 5 § 7: praeceptionis legatum non nisi uni ex heredibus dari potest.

55) Veteres Glossae verborum iuris. Lugduni Batavor. 1700. p. 475: *πρεκεπτιο. τὸ ἐξαίρετον λεγάτον· ἤγουν τὸ ἔξωθεν τῆς κληρονομίας, ὡς ἐν προςθήκῃ καταλιμπανόμενον τῷ μερικῷ κληρονόμῳ· οἷον ὅταν οὕτως εἴπω· πρὸς τῷ μέρει τῆς κληρονομίας, ἧς κατέλιπον τῷ δεινὶ, βούλομαι αὐτὸν καὶ τόδε τό πρᾶγμα ἔχειν ἐν ἐξαιρέ τῳ.* Vgl. die Glossen bei *Sirmond* zu Sidonius Apollinaris lib. 6 epist. 12, und bei *Reitz* zu Theophilus ad § 2 I. 2, 20.

56) Nur im fr. 77 § 19 De legatis II. 31 und in c. 7 pr. C. de legatis 6, 37 ist nicht ausdrücklich gesagt, daß die Legatarien zugleich Erben sind. Aber da diese Legatarien nicht fremde Personen, sondern dort die Tochter (filia mea praecipiat), hier die Brüder des Erblassers (siebentes Capitel Note 12) sind, so ist wegen dieser nahen Verbindung mit dem Testator ihre Erbeseigenschaft entschieden zu präsumiren.

57) Im fr. 7 De usufr. accresc. 7, 2, wo ebenfalls neben einem Erben Fremde zu demselben Legate berufen sind, kann die Präceptionsform wegen der in der Formel gebrauchten Dative Attio et Seio unmöglich angenommen werden.

ten die Praxis sich für die Prokulejaner (s. oben Note 35) entschieden hat [58]).

Denn verlassen sehn wir die Ansicht der Sabinianer, wornach ein Präceptionslegat nur durch die familiae herciscundae actio in Anspruch genommen werden konnte, indem nach c. 12 C. de legatis 6, 37 Papinian die Vindikation eines per praeceptionem hinterlassenen Vermächtnisses auch [59]) nach aufgegebener Erbschaft verstattet [60]). Natürlich mußte mit dem Wegfallen dieser Schranke auch die Ansicht der Sabinianer aufgegeben werden, als ob nur Sachen, die dem Testator gehörten, Gegenstand des Präceptionslegates werden konnten, was Gaius selbst schon nicht mehr angenommen zu haben

58) Wir glauben daher nicht unterschreiben zu dürfen sowohl die Behauptung von *Maranus* Paratitla ad lib. 30 Digestorum p. 299: praeceptionis legatum etiam hodie non nisi solis heredibus relinqui potest, als die Meinung von Löhr (in seinem Magazin Bd. 4 S. 541), daß die Ansicht der Sabinianer in Justinians Compilation gebilligt sey.

59) Denn auch für den antretenden Erben, wenn zur Zeit der durch das familiae herciscundae iudicium geschehenen Erbtheilung das Prälegat noch unbekannt oder einzufordern vergessen war, erschien es wünschenswerth, da jene Klage nicht noch einmal angestellt werden durfte, eine besondere Klage auf das Legat zu haben.

60) In allen übrigen Stellen, wo davon die Rede ist, daß von dem Prälegatar die Erbschaft aufgegeben ist, aber das Vermächtniß eingefordert wird, wo aber über die Form des Vermächtnisses wir im Unklaren sind, ist nur von legatum petere fr. 18, fr. 89 De legatis I. 30, fr. 4 § 11, fr. 17 § 3 De doli mali except. 44, 4 oder von legati petitio fr. 87, fr. 88 De legatis I. 30 die Rede, was nach Analogie der fideicommissi petitio fr. 55 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und von fideicommissum petere fr. 10 § 1 D. si quis omissa 29, 4, fr. 16 De auro 34, 2 nur von einer persönlichen Klage zu verstehn ist, was denn auch wohl die actio in fr. 15 De his quae ut. 34, 9 sein wird.

scheint [61]), während Pomponius [62]) und noch deutlicher Paulus [63]) es aussprechen, daß auch fremde Sachen **per praeceptionem** legirt werden können [64]).

Bis auf Justinian ist in dieser Lehre [65]) Nichts durch Gesetze geregelt. Außer einem Dekrete von Mark Aurel [66]), wornach, wenn ein mit einem Präceptionslegate bedachter Erbe gebeten war, seine Erbportion zu restituiren, dazu nur der Theil dieses Legates gehöre, welcher seine eigene Erbportion belaste [67]), finden wir nur in Reskripten folgender Kaiser die praeceptio erwähnt. Trajan, Hadrian und Antoninus [68]) reskribirten, daß,

61) Wir sagen: scheint; weil zwar nach der jetzigen Einreihung des fr. 26 D. fam. hercisc. 10, 2 dessen Entscheidung auf ein Präceptionslegat geht (fr. 25 § 22 D. eod.), obwohl die Worte desselben nicht nothwendig auf ein solches Legat hinweisen.

62) fr. 72 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 (die Worte siehe im achten Capitel Note 14). *Cuiacius* Comm. in Instit. II, 20 § 2 Scholion a. Historisch unrichtig erklärt diese Stelle *Nieto* cap. 3 § 18.

63) fr. 25 § 22 D. fam. hercisc. 10, 2 und Receptae Sententiae III, 6, 1.

64) *Hertius* Diss. de praelegatis § 11, *Francke* Diss. de legato praeceptionis § 4 am Ende und Nettelbladt Prälegate S. 18 befinden sich daher im Irrthume, wenn sie die Behauptung vertheidigen, daß erst nach Justinianeischem Rechte eine fremde Sache habe per praeceptionem legirt werden können. Ebenso unrichtig ist daher auch die Behauptung von *Vasquius* de successionibus libri III, lib. II § 17 nr. 116, daß erst Justinian für das praeceptionis legatum eine personalis actio gegeben habe.

65) Wir haben in diesem rechtsgeschichtlichen Theile nur das per praeceptionem legare hervorzuheben, weil das praelegare keine juristische Geschichte hat.

66) fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

67) Ein anderes Dekret von Severus und Caracalla fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14 leugnet nur in dem vorliegenden Falle die Existenz eines Prälegates.

68) Wahrscheinlich ist hierunter Antoninus Pius zu verstehn.

Digitized by Google

wenn sie selbst zu Erben ernannt und gebeten wären, ihren ganzen Erbtheil zu restituiren, mochte ihnen viel oder wenig (oder Nichts) als praeceptio ausgesetzt sein, sie stets die Restitution in dem ganzen Umfange der Bitte vollziehn würden [69]. Von Caracalla haben wir ein Reskript, welches ein Concurrenzrecht mehrerer Legatarien verstattet, denen zwar dieselbe Sache, aber nicht Allen per praeceptionem hinterlassen war [70]. Severus Alexander reskribirte, daß, wenn der Erblasser seine portio restituiren sollte, darunter das ganze Präceptionslegat begriffen sey [71]. Nach einem Reskripte Gordians des Dritten, welches aber eine simple Wiederholung einer Antwort Papinians enthält, kann der zu einer praeceptio berechtigte Erbe auch nach ausgeschlagener Erbschaft dieß Legat vindiciren [72]. Endlich reskribiren die Kaiser Carus, Carinus und Numerianus, ebenfalls mit Berufung auf ein Gutachten Papinians, daß, wenn ein Erbe gebeten ist, Alles, was aus der Erbschaft an ihn gelangt sey, zu restituiren, auch die praeceptio der Pflicht der Restitution unterworfen sey [73].

In der Verordnung der Kaiser Constantinus, Constantius und Constans [74], welche den Gebrauch der früher üblichen

69) fr. 30 § 4 § 5 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Diese Kaiser hatten an August ein Vorbild, welcher, durch ein Fideikommiß etwas zu thun gebeten (pr. I. de codicillis 2, 25), dieß ohne dazu gezwungen zu sein, erfüllte.

70) c. 7 pr. C. de legatis 6, 37.

71) fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

72) c. 12 C. de legatis 6, 37.

73) c. 16 C. de fideicomm. 6, 42.

74) c. 21 C. de legatis 6, 37. Ganz gewiß ist, wie D. Gothofredus und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 101 Note 1 annehmen, diese Verordnung zu den Gesetzen der neuern Kaiser gehörig, wie sie Theophilus zu § 2 I. de legatis 2, 20 bezeichnet (αἱ διατάξεις δὲ τῶν νεωτέρων βασιλέων ἀνεῖλον τὰ τυπικὰ ῥήματα, διῶν

Legatsformen für gleichgiltig erklärte [75]), können wir nur den Ausdruck einer bereits durch die Praxis entstandenen, und durch die allmählig immer weiter greifenden Herrschaft der griechischen Sprache befestigten Ansicht finden. Denn bei dem allmähligen Absterben der Formeln in allen Rechtstheilen mußten nicht blos die einzelnen Legatsformen unter einander sich verschmelzen [76]), sondern auch neben den herkömmlichen Legats- und Fideikommißformen [77]) neue Ausdrücke und Wendungen entstehn, über welche die Römischen Juristen selbst nicht einig gewesen sein mögen, ob sie dieselben Legate, oder Fideikommisse, oder wie sonst nennen sollten. Vergleichen wir z. B. die Relation Scävolas im fr. 40 § 1 De legatis III [78]) mit der Marcians im fr. 91 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2.

τὸ γένος ἐσημαίνετο; bei Justinian selbst: ex constitutionibus divorum principum), und nicht, wie Gans Scholien zum Gaius S. 337, 338 will, die in Note 35 erwähnte Constitution Hadrians, zu welchem Kaiser das Epitheton νεώτερος schwerlich passen möchte. — Eher könnte die in der Glosse geäußerte Meinung die richtige sein, daß wir diese Verordnungen der Kaiser nicht kennen, als die von Janus a Costa zum § 2 I. cit., wornach zu den hier gemeinten Verordnungen noch c. 15 C. de testamentis 6, 23 und c. 9 C. qui admitti 6, 9 gehören sollen.

75) Da die Anwendung der Formeln nicht verboten war, so erhielten sich wenigstens im Occidente noch die alten Formeln im Gebrauch.

76) Im Testamente des Dasumius lesen wir Zeile 124 die beiden Formeln do lego damnasque esto verbunden. Savignys Zeitschrift Bd. 12 S. 399; und drittes Capitel zu Note 5 ff. Eine Verbindung der Damnationslegats- und Fideikommißform findet sich in einem ziemlich gleichzeitigen Testamente fr. 95 De legatis III, 32: damnas esto dare, fideique eius committo, und eine Verbindung der Vindikationsform mit dem Fideikommisse im fr. 36 pr. De cond. et dem. 35, 1: do lego, fideique eorum committo.

77) Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 249.

78) Die Worte im zehnten Capitel Note 24.

Digitized by Google

Dort sind Seja und Mävius zu Erben eingesetzt, und die Seja, welcher drei Viertel von der Erbschaft zugewiesen sind, ist gebeten, **quidquid ex hereditate ad eam pervenerit** ihrem Sohne zu restituiren, jedoch **retentis hortis.** Diese letzten zwei Worte, an sich weder Befehl noch Bitte, könnten aus dem Grunde eher als bittende gelten, weil sie zu einem Fideikommisse gehören; und es entstand überdieß die Frage: soll die Seja die Gärten ganz erwerben, oder sie nur zu den drei Vierteln behalten, welche sie an denselben **hereditario iure** hatte, woran ihr also auch nur ein Retentionsrecht zustehn konnte. Scävola entscheidet sich dafür, daß Seja in diesem Falle die Gärten ganz haben solle, und er gibt folgenden Grund seiner Entscheidung an: in dem Testamente habe sich ein Paragraph [79]) gefunden, in welchem ganz allgemein **quisquis heres** gebeten war zu prästiren, was der Testator **cuique legasset.** Darunter seyn nun auch die erwähnten Gärten begriffen, und da auf solche Weise mit der Leistung des Vermächtnisses der Gärten jeder Erbe, also auch der Mävius belastet sey, so müsse dieser sein Viertel an den Gärten, welches er **hereditario iure** habe, der Seja [80]) herausge-

79) Wahrscheinlich ist es, daß nach diesem hier von Scävola, einem Zeitgenossen Mark Aurels, angeführten Grunde sich spätere Juristen nicht mehr umgesehn hätten; und daß Scävola, wenn hier nicht relentis, sondern praeceptis hortis meis vom Testator gesagt wäre, auch ohne daß jene allgemeine Clausel im Testamente gestanden, schon wegen des Wortes praeceptis für den Erwerb der ganzen Gärten sich erklärt hätte. Vielleicht nur aus dem Grunde, weil Goveanus Comm. ad leg. Falcid. ad l. 91 h. t. die Identität von retinere und praecipere (die z. B. Papinian im fr. 69 pr. De legatis II. 31 retinente sive praecipiente ausdrücklich hervorhebt) in diesem Zusammenhange übersah, hat er in unserer Stelle das Dasein eines Prälegats geleugnet.

80) Ohne allen Grund findet Nieto Cap. 4 § 15 in diesem Paragraphen des Testamentes die Vorschrift, daß Mävius das Vier-

Digitized by Google

ben[81]). Dagegen im fr. 91 D. ad legem Falcidiam wird in den Worten des später lebenden Juristen Marcian: **sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est**, diese letzte Ausdrucksweise gleichsam als eine zwitterartige Erscheinung [82]), wenn auch durchaus nicht in den Wirkungen, so doch den Worten nach von Legaten und Fideikommissen unterschieden [83]). Ein sehr verständiger Gedanke war es daher von Justinian, unter solchen Umständen [84]) alle Vermächtnisse einander gleichzustellen, und gleiche Klagen, so weit es ihre Natur verstattete, allen zu gewähren [85]). Seit dieser Verordnung Justinians können wir mit der größten Zuversicht behaupten, daß die Verschiedenheit der Wortformulare keine Verschiedenheit in den Wir-

---

tel der Gärten, das auf seiner Erbschaft lastete, nicht der Seja, sondern dem an sie gewiesenen Fideikommissar zu leisten habe.

81) Ein ganz ähnlicher Fall findet sich im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

82) Das Wort iussus weist auf Legate im engern Sinne hin, die Worte deducere und retinere sind die formlosen Bezeichnungen der Fideikommisse.

83) *Maranus* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam Opera p. 581: si non genere, figura saltem verborum distinctum. Ganz richtig sagt *Alciatus* Paradoxa lib. 6 cap. 5, daß diese in eigner Form vom Testator eingekleidete Anordnung in ihren Wirkungen und materiellen Voraussetzungen den übrigen Vermächtnissen ganz gleichsteht. *Meier* Collegium iuridicum Argentoratense 35, 2 § 16 nennt diese Fälle species legatorum seu fideicommissorum.

84) Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 251.

85) c. 1 Communia de legatis 6, 43: quis vel vindicationis, vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittat, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit? Vgl. *Bachovii Echtii* Institutionum Commentarii ad § 2 I. 2, 20. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 107.

kungen der Legate mehr hervorbringen konnte [86]), und daß, wo sich in den Digesten und in dem Codex Justinians noch Spuren der alten Legatsformulare finden, diese von keiner Bedeutung für die heutige Anwendbarkeit sind [87]).

Nur zwei Unterschiede lassen sich noch heutzutage aufstellen. Der eine wird durch die honorirten Subjekte herbeigeführt, ob diese simple Legatarien oder zugleich Erben sind [88]). Dieß hat eine doppelte Folge. Einmal muß nach dem Obigen dem Erblegatar zur Verfolgung seines Legats auch die familiae herciscundae actio eingeräumt werden, welche dem simpeln Legatar nicht zustehn kann [89]). Sodann entsteht die noch einflußreichere Folge, daß der Legatar, welcher zugleich als Erbe antritt, nur einen Theil seines Legates iure legati besitzt, den andern, und zwar einen so großen als seine Erbportion beträgt, hereditario iure [90]), während der simple Legatar das ganze Vermächtniß nur unter einem und demselben Titel legati iure besitzt [91]). Der andere Unterschied wird

86) *Joannis Ferrarii Montani* in IIII Institutionum libros adnotationes Lugduni 1554 ad lib. II tit. 20.

87) *Merillii* lib. II variantium ex Cuiacio cap. 10.

88) *Goveani* Animadversionum lib. I ad l. in quartam D. ad legem Falcidiam.

89) *Mueller* Promptuarium iuris novum v. praelegatum nr. 1. Vol. V p. 598 Lips. 1795.

90) *Donelli* Comm. 7, 25. In hoc legato duae sunt partes, quarum una est hereditaria, altera non hereditaria. Hereditaria est, quam heres capit iure hereditario, id est pro ea parte ex qua heres est, habiturus eam, etsi de re tota nihil illi legatum esset, quae ideo ei a semetipso relinqui dicitur. Altera est ei non hereditaria, quippe quam si nihil amplius esset, quam pro parte heres non haberet; est enim coheredis. Nunc ideo fit eius, cui legata est, quia legata est ei a coherede, quam ideo a coherede accipere dicitur, et accipere iure legati.

91) Der Prälegatar konnte auch in älterer Zeit (s. oben Note 6)

durch die Objekte der Legate herbeigeführt. Gehören diese zur Erbschaft und sind es bestimmte körperliche Sachen, so kann die Vindikation gegen sie oder die persönliche Klage gegen die Erben angestellt werden; sind es aber Handlungen, welche der Erbe vollführen soll [92]), oder sind es Sachen, die erst für die Erbschaft erworben werden müssen zum Zwecke der Uebergabe an den Legatar, so hat der Letztere, mag er sein wer er will, nur eine persönliche Klage [93]).

Andere Unterschiede zwischen den Vermächtnissen, namentlich solche, die von der Form der Hinterlassung hergenommen sind, gelten nicht mehr, namentlich kann kein Unterschied mehr dadurch hervorgebracht werden, daß erstlich der Testator bei seiner Honorirung des Erben mit einem Legate sich des formellen Ausdrucks praecipere (oder praeceptio) oder des allgemeinern praelegare oder des allgemeinsten legare bedient

---

in seiner Eigenschaft als Erbe über den Betrag dessen, was er vom Erblasser erhalten, mit Erfolg belastet werden, was bei einem simpeln Legatar unmöglich war. Gemma legalis in opera Bartoli a *Luciano Bassano* Venetiis 1615 v. *praelegatarius.*

92) *G. A. Struv* Syntagma iuris civilis Exerc. XXXV lib. 30, 31, 32 § 3 nota ξ.

93) *Christinaeus* Decisiones Vol. IV Dec. 34 nr. 1; *Thomasii* Notae ad singulos tit. Inst. ad lib. II tit. 20: nimis generaliter Iustinianus asserit in omnibus legatis concurrere actionem personalem et in rem; nam sane in re aliena et in quantitate pecuniae legata, uti formula per vindicationem non habet locum, ita nec rei vindicatio. Andrer Meinung ist zwar *Marezoll* in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 298 ff., indem er, sich enge an die Worte Justinians anschließend, auch in andern Fällen, als da wo die materiellen Voraussetzungen des Vindikationslegates vorhanden waren, eine (utilis) in rem actio verstattet, worin ihm *Heimbach* in *Weiske* Rechtslexikon Bd. 3 S. 285 beitritt, wogegen aber mit größerm Rechte sich *Vangerow* Leitfaden Bd. 2 § 531 und *Arndts* in *Weiske* Rechtslexikon Bd. 6 S. 310 erklärt haben. Vgl. *Mayer* das Recht der Anwachsung S. 144 ff.

hat; ebenso wenig ferner dadurch, daß er bittweise oder mit befehlenden Worten oder sonst wie seine letztwillige Anordnung getroffen hat. Diese letzte Behauptung ist unbestritten [94]. Aber auch die der ersten Behauptung widersprechenden Neuern [95]) können leicht widerlegt werden, indem wir an mehr als einer Stelle von Scävolas Schriften lesen, daß die einem Erben per praeceptionem legirten Sachen im Verfolge seiner Darstellung bald als praelegatae bald als legatae bezeichnet werden [96]). Eben so wird von ihm, was der Testator mit lego ausgedrückt, durch praelegare wiedergegeben [97]), so wie auch sonst er [98]) und Julian [99]) die Ausdrücke praelegare und legare mit einander als gleichbedeutend vertauschen. Diese

---

94) Die Verordnung Justinians, welche Fideikommisse und Legate gleichstellte, c. 2 Communia de legatis, schließt mit den Worten: nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus. Hatte also der Testator etwa gesagt, daß z. B. sein Haus erst durch Tradition des Erben auf den Legatar übergehn sollte, so sieht zwar *Galvanus* de usufructu cap. 40 § 24 nicht ein, wie vor der Tradition der Legatar habe vindiciren können; aber wenn nur an der Tradition es fehlt, um dem Legatar das Eigenthum zu gewähren, so hat dieser auch ohne die Tradition schon eine in rem actio.

95) z. B. *Donelli* Comm. iur. civ. 7, 25; *Nieto* de praelegatis cap. 1 § 8.

96) fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 .. fundos per praeceptionem dedit ... legatis ... fundorum praelegatorum ... praeceptionem ... legata ...; fr. 32 De legatis III. 32 .... dedit per praeceptionem Marcio ... quae praelegata Marcio erant ... in legatis ...; fr. 92 pr. D. eod. .... praecipito .... praelegati ... praelegato ... legato ...

97) fr. 94 D. ad legem Falcid. 35, 2 ... praelegavit ... praelegavit ... lego ...

98) fr. 31 pr. De adimendis 34, 4 ... legavit ... legata ... legavit ... praelegatis.

99) fr. 86 D. ad legem Falcid. 35, 2 ... praelegavit ... quae praelegata sunt ... legata ...

Gleichgiltigkeit der spätern classischen Juristen in der Ausdrucksweise wäre aber unerklärlich, wenn nicht auch in Beziehung auf die Wirkungen der verschiedenen Legatsformen volle Gleichstellung zwischen allen auf die eine oder die andere Weise an Erben hinterlassenen Vermächtnissen bestanden hätte; und zwar läßt sich diese Gleichheit der Wirkungen aller solcher Legate aus Stellen der classischen Juristen so wie aus kaiserlichen Constitutionen direkt beweisen. So entscheidet Ulpian [100]), daß

100) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3. Qui vero ex causa praeceptionis, utique tenetur interdicto; sed pro ea scilicet parte, quam iure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet. Idemque erit dicendum et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit; nam et hic dicendum est, pro ea parte, qua heres est, cessare interdictum. Die Worte von Idemque an will zwar *Faber* Coniecturae VI, 1 nr. 22 für einen Zusatz Tribunians erklären, weil bei dem Vindikationslegate dieß Interdikt keine Anwendung gefunden, was auch Nieto Cap. 3 § 18 und *Galvanus* de usufructu cap. 40 § 20 behaupten; diese Meinung ist aber bereits von *Ramos del Manzano* ad titulos de legatis praelectiones pars 1 § 26 und Recitationum Appendix ad tit. de adquir. vel. amitt. possessione cap. II § 3 in *Meermanni* Thes. T. VII p. 278 u. p. 106 sowie von Schulting zu Ulpians Fragmenten Tit. 24 § 3 Note 8 als irrig nachgewiesen. Gaius (Epitome II, 5, 1) äußert nemlich nur: wenn der Vindikationslegatar die ihm legirte Sache schon vor Antretung der Erbschaft an sich nimmt, nec pro praesumto legato ab herede potest calumniam sustinere, d. h. so darf deshalb allein der Erbe ihm nicht die Sache fortnehmen; wohl aber wird aus andern Gründen ihm das Interdikt nichtsdestoweniger zustehn, z. B. wenn auch diese Sache verkauft werden muß, um die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen, oder wegen des Abzugs der Falcidischen Quart. *Cuiacii* Paratitla in Digesta 43, 3. Wir machen es eher den Compilatoren zu einem Vorwurf, daß sie diese Worte aufgenommen, da ja eine Verschiedenheit in der Form der Legate nicht mehr existirte. Allerdings gibt nun diese Stelle, wie *Cuiacius* Notae ad lib. 43 tit. 3 Dig. ad l. 1 bemerkt hat, den historischen Beweis, daß einem Erben nicht bloß per praeceptionem, sondern auch auf die drei andern Arten habe legirt werden können. Vergl. den Anfang des zehnten Capitels.

in Beziehung auf den Gebrauch und die Ausdehnung des Interdikts quod legatorum es keinen Unterschied mache, ob das Legat dem Erben per praeceptionem oder auf irgend eine andere Weise hinterlassen sey. Auch bemerkt derselbe Jurist [101]), daß in Beziehung auf das Recht der Falcidischen Quart es vollkommen gleichgiltig sey, ob dem Erben eine praeceptio oder ein Legat in irgend einer andern Form hinterlassen sey. Endlich reskribiren die Kaiser Carus, Carinus und Numerianus [102]), es unterliege keinem Zweifel, daß Papinians Antwort, legata müßten von dem Fiduciar herausgegeben werden, wenn derselbe gebeten sey, quidquid ex hereditate ad eum pervenerit zu restituiren, auch auf das praeceptionis commodum zu beziehn sey [103]).

Hiernach werden wir uns entschieden gegen die Ansicht einiger älterer Juristen [104]) erklären müssen, welche daraus, ob der Testator das Wort lego oder den Ausdruck praelego gebraucht hat, mehrere Unterschiede selbst für das gemeine Recht begründen wollen.

Sie stellen, ohne jedoch übereinzustimmen, vielmehr selbst zum Theil im Widerspruche gegen einander, folgende Unterschiede auf:

Das Prälegat hat der Erbe, wenn er antritt, ganz [105]);

---

101) fr. 35 § 1 De heredibus instituendis 28, 5; die Worte im ersten Capitel Note 54 ff.

102) c. 16 C. de fideicommissis 6, 42; die Worte im achtzehnten Capitel Note 52.

103) Vgl. fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

104) Goveanus, Donellus, (Hilliger), Hunnius, Nieto, Schard, Hert, Voet, Francke.

105) *Hilliger* ad Donellum lib. 8 cap. 17 Notatum C; *Mueller* Promptuarium iuris novum v. praelegatum § 2.

das Legat erwirbt der Erbe zu dem Theile, zu welchem er Erbe wird, nicht [106]).

Das Prälegat bleibt in seinem ganzen Umfange giltig, das Legat aber verschwindet, wenn der, dem es hinterlassen ist, nicht die Erbschaft erworben hat [107]).

Ein Prälegat ist vorhanden, wenn eine zur Erbschaft gehörige Sache legirt wird, an welcher der Erbe theilweise schon durch sein Erbrecht einen Antheil hat; ein Legat, wenn die legirte Sache erst angeschafft werden muß [108]).

Nur beim Prälegate gibt es eine hereditaria pars [109]); repudiirt der Prälegatar die Erbschaft, so bekommt er diesen Theil nicht, sondern nur den Theil, welchen er als antretender Erbe von seinen Miterben bekommen haben würde [110]). Bei dem hinterlassenen Legate gibt es keine hereditaria pars; wird daher der Legatar auch nicht Erbe, so bekommt er stets das Ganze [111]).

---

106) *Nieto* cap. 1 § 26, cap. 2 § 6 ff.; *Hertius* de praelegatis § 10; *Francke* Diss. de legato praeceptionis § 6. Den Widerspruch dieser Behauptung mit den Quellen hat *Pfeiffer* Diss. de praelegatis am Ende seines § 8 sehr gut nachgewiesen.

107) *Nieto* cap. 3 § 4.

108) *Donelli* Comm. absolutissimi Codicis zu c. 24 C. 3, 36 § 12.

109) *Goveanus* Comm. ad tit. Dig. ad legem Falcidiam ad l. 86 widerlegt diese Ansicht Hilliger's a. a. O. und Nieto's Cap. 1 § 9 § 18. Doch findet sich dieselbe noch bei *Merlin* Repertoire de Jurisprudence T. XII p. 666, 667.

110) Diese Behauptung Nieto's Cap. 1 § 9...24, Cap. 2 § 6 ff., Cap. 3 § 3 haben *Brunnemann* Comm. in Pandectas lib. 30 ad l. 17 und *Hertius* de praelegatis § 15 widerlegt.

111) So *Anton Faber* Coniecturae lib. 6 cap. 4 und de Erroribus Pragmaticorum Decas 36 Error 6; *Francke* Diss. cit. § 6; *Mueller* Promtuarium v. praelegatum § 2. Dagegen schon *Voorda* Interpretationes cap. 27.

Der Legatarerbe, der zugleich Fiduciar ist, soll den Theil des Prälegates, welchen er von den Miterben bekommt, in die Trebellianische Quart nicht einrechnen; bei dem Legate findet diese Einrechnung ganz Statt [112]).

Bei der Restitution der Erbschaft soll das Prälegat ganz retinirt werden [113]), ausgenommen wenn es in Gelde besteht [114]); hingegen das Legat nur zu dem Theile, welchen der Erblegatar von seinen Miterben empfangen hat [115]).

Sind alle Legate vom Testator zurückgenommen, so gilt dieß nicht von den Prälegaten [116]).

Endlich sollen folgende Unterschiede zwischen der Vertheilung des simpeln Legates und des Prälegates unter mehrere dazu

---

112) *Donelli* Comm. absolut. Codicis ad c. 24 C. 3, 36 § 12; *Hunnius* Variae resolutiones lib. II tractatus VIII quaestio 22; *Merlin* Repertoire de iurisprudence Tom. XII p. 667.

113) *Hieronymus Verrutius* novum lexicon utriusque iuris. Lutetiae 1574. fol. v. praelegare; *Schard* lexicon iuridicum v. praelegare; *Hotomanus* Commentarius verborum iuris v. praelegare; *Calvinus* lexicon iuridicum v. praelegatum. *Nieto* Cap. 4 § 14 unterscheidet hier zwischen Legat und Prälegat, wenn die hereditatis pars oder portio (nicht die portio allgemein) zu restituiren ist. Vom Legate des Fiduciar soll die von seinem Erbtheile zu leistende Quote des Legates, weil sie als ungiltig hinterlassen in der Erbschaft zurückbleibt, auf den Fideikommissar übergehn, während eben diese Quote eines Prälegates bei einer so angeordneten Restitution in den Händen des Prälegatars zurückbleibt.

114) *Giphanius* Explanatio difficil. legg. Codicis ad l. 24 C. fam. herc. p. 194.

115) *Goveanus* liber animadversionum ad l. in quartam (91) D. ad legem Falcid. Lugduni 1599. p. 906. Dagegen *Voorda* a. a. O. Cap. 26.

116) Repertorium *Bertachini Firmani* Lugduni 1562. v. praelegatum.

berechtigte Erben Statt finden [117]). Ist ein simples Legat allen Erben hinterlassen, so gilt ein Jeder als nur an seine Miterben angewiesen. Doch haben Alle in der Regel gleiche Theile; nur bei zweien auf ungleiche Theile berufenen Erben steht der Theil des Legates, welchen Jeder in Anspruch nehmen kann, im umgekehrten Verhältnisse zu seinem Erbtheile. Ist einigen Erben ein simples Legat hinterlassen, so haben sie in der Regel gleiche Theile mit Ausnahme des Falles, wenn ein Erblegatar eine größere Erbportion hat, als die Virilportion des Legates für ihn betragen würde [118]). Ist dagegen ein Prälegat allen Erben hinterlassen, so ist diese Disposition bedeutungslos [119]), wenn nicht der Testator ausdrücklich die Theile der Prälegate verschieden von den Erbportionen angegeben hat. Sind einige Erben zu demselben Prälegate berufen, so empfangen sie zwar gleiche Theile von ihren Miterben, sie behalten aber außerdem noch zum Voraus einen so großen Antheil am Prälegate, als ihr Erbtheil beträgt [120]).

Nachdem vorzüglich Jakob Voorda mit vielem Geschick die meisten dieser irrigen Unterscheidungen als unhaltbar nach den echten Römischen Rechtsquellen nachgewiesen hat, konnte bereits in der Mitte des vorigen Jahrhunderts Bach die ge-

117) *Merlin* Repertoire de Iurisprudence. Article Prelegs Tom. XII p. 666, 667.

118) z. B. wenn fünf Erben ernannt, und zwei von ihnen mit einem Legate bedacht sind, und der eine von diesen ist auf zwei Drittel Erbe, so soll er nur ein Drittel, sein Collegatar zwei Drittel vom Legate haben.

119) Nach dem Gewohnheitsrechte von Peronne Article 205 war ein Legat, wenn es nicht ausdrücklich als Prälegat (hors part) dem Erben hinterlassen war, ungiltig.

120) *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 6 u. 7.

meine und richtige Meinung der damaligen Deutschen[121] Juristen mit den Worten angeben: **nullam plane differentiam animadverto praelegatorum et legatorum heredi relictorum**[122].

121) In Frankreich wird noch zwischen simpeln Legaten und Prälegaten unterschieden. Vgl. *Merlin* a. a. O.

122) Diss. de his quae imputantur in quartam fiduciarii § 6, in seinen Opuscula p. 453.

Drittes Capitel.

Die Quellen.

Die früheste uns bekannte Erwähnung der Prälegate bei den Römern findet sich in der Erzählung des ältern Plinius [1]), daß Piso Frugi aus eigenen Mitteln seinen Sohn mit einer Krone beschenkt und im Testamente dieselbe ihm prälegirt [2]) habe. In spätere Zeit, nemlich in das Jahrhundert unmittelbar vor Christi Geburt [3]), fällt das von Valerius Maximus [4]) erwähnte Vermächtniß des Pompejus Rheginus zu Gunsten seines von ihm zum Erben eingesetzten Bruders, welches aber in dem vorliegenden Falle nicht zur Ausführung kam, weil der damit bedachte Bruder bereits vor dem Erblasser gestorben war.

---

1) Historia Naturalis lib. 33 cap. 11: Piso Frugi filium ex privata pecunia donavit (scil. corona), eamque coronam testamento ei praelegavit.

2) Ueber die Bedeutung von praelegare in dieser Stelle siehe das erste Capitel Note 83 ff., besonders Note 89.

3) Denn Varro de re rustica lib. 3 cap. 12 spricht von dem Pompeius Rheginus, als von seinem Zeitgenossen.

4) Memorabilium lib. VII cap. 8 nr. 4: Pompeius Rheginus ... testamento fratris praeteritus ... binas tabulas testamentorum suorum recitasset, in quibus magna ex parte heres frater erat scriptus, praelegabaturque ei centies et quinquagies sestertium

Digitized by Google

Die nächste Erwähnung, daß einem Erben legirt ist, findet sich in dem ältesten uns im Original erhaltenen Testamente aus dem Jahre 109 unserer Zeitrechnung von (dem Consular) Dasumius [5]). Nach der von Rudorff versuchten, größtentheils gelungenen Restitution des Textes ist des Testators Amme auf ein Zwölftel der Erbschaft substituirt [6]), und es sind ihr einige Geräthschaften [7]), auch einige Gelder [8]) vermacht. Allerdings war hier, da die Amme erst im fünften Grade substituirt scheint, nur eine schwache Möglichkeit vorhanden, daß diese Legatarin auch zur Erbschaft gelangte. Wenn aber die Vermuthung Rudorffs begründet ist, daß die Mutterschwester des Erblassers Septuma Secundina, welcher eine Reihe von Vermächtnissen hinterlassen ist [9]), im ersten Grade auf ein Zwölftel der Erbschaft substituirt war [10]), so lag hier die Möglichkeit sehr nahe, daß sie ebenso zur Erbschaft, so wie zu ihren Legaten gelangen konnte.

Gleichzeitig mit dem eben erwähnten Testamente scheinen die letztwilligen Bestimmungen eines Saturninus zu sein, welche uns der jüngere Plinius in seinen Briefen [11]) andeutet.

---

5) Rudorff in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 307, 311.

6) Zeile 9 des Testaments; in der Zeitschrift S. 314.

7) Zeile 34 ... 38 des Testaments; es waren einige Eß- und Trink-Geschirre, so wie Lindenbast zu Haushaltungsbüchern; Zeitschrift S. 345 ff.

8) Zeile 46 des Testaments; Zeitschrift S. 354.

9) Zeile 73 ff. des Testaments; Zeitschrift S. 364.

10) Zeile 5 des Testaments; Zeitschrift S. 318.

11) Epistolae lib. 5 epist. 7: Nec heredem institui, nec praecipere posse rempublicam constat. Saturninus autem, qui nos reliquit heredes, quadrantem reipublicae nostrae, deinde pro quadrante praeceptionem quadringentorum millium dedit. Hoc, si ius adspicias, irritum; si defuncti voluntatem, ratum et firmum est.

Darnach hat zuerst Saturninus den Plinius auf drei Viertel, die Stadt Comi auf ein Viertel zu Erben eingesetzt; nachher aber, als ihm vielleicht die Belehrung zugeflossen, daß diese Stadtgemeinde nicht als Erbin bedacht werden könne, hat er ihr statt des Viertels — in einem Codicille — 40,000 Sestertien per praeceptionem hinterlassen [12]). Diese Erbeseinsetzung war eben so null und nichtig [13]), wie die spätere Entziehung der Erbschaft im Codicille [14]); und das Präceptionslegat war ebenfalls ungiltig hinterlassen, einmal da die Stadt Comi jetzt nicht mehr nach des Erblassers Willen Erbin war [15]), sodann aber, weil die Umwandelung des Präceptionslegates in ein Damnationslegat im vorliegenden Falle Nichts half, weil dieser Stadtgemeinde überhaupt nicht legirt werden konnte [16]), da Nerva nur einzelnen städtischen Communen die Vergünstigung gewährt hatte, mit Legaten bedacht zu werden,

---

12) Savigny System Bd. 2 S. 305 Note 6: Ein Präceptionslegat ist hier gemeint, welches deshalb (?) damals einer Stadt nicht gegeben werden konnte, da es mit der ihr versagten heredis institutio unzertrennlich verbunden war.

13) Ulpiani tituli 22, 5: Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt. Vgl. Burchardi das System und die innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 316 Note 43.

14) c. 2 C. de codicillis 6, 36: Hereditatem neque dari neque adimi codicillis posse manifestum est. Der von Plinius gebrauchte Ausdruck deinde deutet auf einen später errichteten letzten Willen, also ein Codicill hin.

15) Gaius II, 217: nostri praeceptores nulli alii eo modo (per praeceptionem) legari posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset.

16) Gaius II, 128: tunc vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino cum quo testamenti factio non sit; quo plane casu senatusconsulto (Neroniano) locus non est.

was erst Hadrian (also nach diesem Testamente) generalisirte [17]. Trotz der legalen Ungiltigkeit dieses Vermächtnisses wurde der Wille des Testators von Plinius befolgt. Auch finden wir in desselben Plinius Briefen [18]) ein Testament erwähnt, worin wiederum Plinius zum Erben eingesetzt, aber gebeten war, mit Zurückbehaltung einer Summe die ganze Erbschaft an zwei Stadtgemeinden zu restituiren [19]).

Möglicherweise [20]) in eine eben so frühe Zeit gehört das Testament eines Lucilius, dessen Inhalt uns Gruter [21]) insoweit mittheilt: **Lucilius .... hoc testamento fieri iussit honoris pietatisque causa sibi et Lucilio, secundo patri, et Florenae Felicitati matri et Luciliae suae aviae ex HS bis mille praelegatis.** Auch aus der Zeit nach Constantin fehlt es nicht an uns erhaltenen griechischen [22]) und römi-

17) Ulpiani tit. 24 § 28: **Civitatibus omnibus, quae sub imperio P. Romani sunt, legari potest: idque a Divo Nerva introductum, postea a Senatu, auctore Adriano, diligentius constitutum est.** Dirksen Civilistische Abhandlungen Bd. 2 S. 134.

18) Epistolae lib. 10 epist. 79: **Iulius Largus rogavit testamento, ut hereditatem suam adirem, cernerem que; ac deinde perceptis** (auch hier schwankt, wie öfters in den Digesten, die Leseart zwischen **perceptis** und **praeceptis**) **quinquaginta millibus nummorum, reliquum omne Heracleotarum et Tianorum civitatibus rederem.**

19) Ulpiani tit. 22 § 5: **Fideicommissa hereditas municipibus restitui potest.**

20) Zweifelhaft, ob ein Prälegat darin gemeint sey, sind folgende Worte in des *Reinesius* **Inscriptiones p. 546 nr. 82: Valens leg. herea amica.**

21) **Inscriptiones p. 551 nr. 3.**

22) Die hierher gehörigen Worte aus dem Testamente des Constantinopolitanischen Bischofes Gregorius von Nazianz (vom Jahre 389) lauten in der Uebersetzung bei *Spangenberg* **Tabulae negotiorum solemnium p. 75** also: **Volo praeterea heredem meum Gregorium Diaconum una cum Eustachio possidere praedium Nazian,**

schen [23]) Testamenten, in welchen Erben mit Vermächtnissen bedacht sind.

Die ausführlichste vorjustinianeische Rechtsquelle über einem Erben hinterlassene Legate sind die Commentarien des Gaius [24]), deren hierher bezüglicher Inhalt bereits im vorigen Capitel ausführlich angegeben ist. Außerdem finden wir von Papinian zweimal [25]), von Ulpian viermal [26]), von Paulus einmal [27]) in vorjustinianeischen Rechtsquellen Prälegate und Präceptionslegate erwähnt.

---

quod ex Regini bonis ad nos pervenit. Per praeceptionem item (ἔτι ἐξαιρέτως) Gregorium Diaconum et heredem meum, qui mihi fideliter ministravit, peculiariter iure domini habere volo aureos numero L.

23) Das Testament des Bischofs Perpetuus von Tours (vom Jahre 475, bei Spangenberg a. a. O. S. 82) enthält folgende Bestimmung: Quod si fuerit neglectum ... villa de Bertinisco cum adiunctis heredibus meis cedat. Der Presbyter Arebius (im Jahre 571, bei Spangenberg a. a. O. S. 113) verfügt: Te, sancte Martine, (heredem) instituimus .... donamus tibi per huius testamenti paginam medietatem Griciensis.

24) lib. II § 192, § 217...223; hieraus in der Epitome Gaii lib. II tit. 5 de legatis pr. und § 7.

25) Vaticana Fragmenta § 294. Papinianus libro XII responsorum .... peculia non praelegata; § 256 .... si filiae propria praedia praelegavit. Darüber, daß dieser Paragraph ebenfalls aus dem zwölften Buche der Responsa Papiniani ist, vgl. den ersten Excurs zur Königsberger Ausgabe dieser Fragmente p. 303.

26) Tituli 24 § 2: Legamus autem quatuor modis .... per praeceptionem. § 6: Per praeceptionem sic: Lucius Titius illam rem praecipito. § 11: Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per vindicationem. Auch der § 87 der Vatikanischen Fragmente (vgl. das sechszehnte Capitel zu Note 40 ff., wo derselbe ausführlich erklärt wird, und den genannten Excurs p. 307) ist von Ulpian, und referirt einen Fall, wo Erben zugleich Legatarien sind.

27) Receptae sententiae lib. 3 tit. 6 § 1: Per praeceptionem

In keinem der Justinianeischen Rechtsbücher ist ein besonderer Titel den für Erben bestimmten Vermächtnissen gewidmet, trotz der zahlreichen in mehr als vierzig Titeln zerstreuten Aeußerungen über sie [28]).

Außer in acht Digestentiteln, welche in keinem Zusammenhange mit dem Erbrechte stehn [a]):

---

uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio iudicis familiae herciscundae a coheredibus praestabuntur.

28) Von folgenden Digestenstellen, welche in dem oben stehenden Register gesucht werden könnten, weil sie das Wort praecipere oder praelegare enthalten, ist im ersten Capitel nachgewiesen, daß sie jene Worte in einer andern Bedeutung gebrauchen, als welche uns in der vorliegenden Abhandlung beschäftigt: fr. 20 § 1 § 2 § 6, fr. 46 D. fam. herc. 10, 2 (Note 36), fr. 65 § 16 D. pro socio 17, 2 und fr. 26 § 1 De pact. dot. 23, 4 (Note 37), fr. 96 § 3 und fr. 107 pr. De legatis I. 30 (Note 27), fr. 87 § 2 De legatis II. 31 (Note 49 ff.), fr. 88 § 1 D. eod. (Note 28), fr. 41 § 1 De legatis III. 32 (Note 50), fr. 102 § 2 eod. (Note 32), fr. 22 § 1 De alimentis 34, 1 (Note 65), fr. 8 § 6 De liberat. leg. 34, 3 (Note 67), fr. 7 D. si cui plus 35, 3, fr. 14 § 2 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 (Note 43 ff.), fr. 16 § 9 De bonis libert. 38, 2 (hinter Note 64), fr. 45 De adq. rer. dom. 41, 1 (Note 36); und folgende Stellen, in denen, ohne daß eins jener Worte gebraucht ist, man auch Prälegate suchen, aber nicht finden könnte, sind im fünften Capitel erwähnt: § 32 I. de legatis (Note 79), § 33 eod. (Note 64), fr. 31 De pactis (Note 1), fr. 25 De legatis I (Note 67), fr. 39 pr. De legatis III (Note 16), fr. 41 pr. eod. (Note 21), fr. 41 § 14 eod. (Note 93), fr. 96 eod. (Note 213), fr. 5 § 1 De his quae ut. (Note 23), fr. 44 § 10 De cond. et dem. (Note 2), fr. 29 D. ad leg. Falcid. 35, 2 (Note 234), fr. 87 § 1 D. eod. (Note 209), fr. 5 § 3 De legat. praest. 37, 5 (Note 31).

a) Die arabischen Ziffern in dem hier folgenden Register bezeichnen die Noten; wo ausdrücklich vor ihnen das Wort Note ausgedruckt ist, da findet sich in oder zu der bezeichneten Note entweder die Stelle ganz oder theilweise abgedruckt, oder ein wesentlicher Beitrag zu ihrer Erläuterung gegeben.

Digitized by Google

De dolo malo 4, 3 fr. 32 [b]);

De peculio 15, 1 fr. 54 [c]), fr. 58 [d]);

Quando de peculio 15, 2 fr. 1 § 8 [e]);

De usuris 22, 1 fr. 3 § 3 [f]);

De donationibus inter virum 24, 1 fr. 5 § 15 [g]);

De adquir. vel amitt. possessione 41, 2 fr. 1 § 17 [h]);

De doli mali exceptione 44, 4 fr. 4 § 11 [i]), fr. 17 § 3 [k]);

De iure fisci 49, 14 fr. 48 pr. [l]);

finden sich dergleichen am zahlreichsten natürlich in dem durch drei Bücher fortgehenden Legatstitel:

De legatis I fr. 17 § 2 [m]), fr. 18 [n]), fr. 34 § 11 [o]),

---

b) Im Capitel VII, 7, Cap. VIII, 4; Cap. XI Note 28.

c) Im Cap. I, 100, Cap. VII, 1, Cap. VIII, 6, Note 44.

d) Im Cap. VII, 1, Cap. VIII, 6, Note 44.

e) Im Cap. I, 51, Cap. VIII, 4, Cap. X Note 58.

f) Im Cap. I, 101, Cap. V Note 41, 135, Cap. VII, 6, Cap. XI zu Note 8, Cap. XVIII, 31, 47, zu Note 54, Anhang 128.

g) Im Cap. I, 51, Cap. V, 133, Cap. VIII, 10, Cap. X, 62, Cap. XVIII Note 92, Cap. XIX, 1, 92, Cap. XX, 209.

h) Im Cap. VIII, 4, Cap. XII Note 7, Cap. XIII Note 68.

i) Im Cap. VIII, 9, Cap. XII Note 65, Cap. XIX, 62, Cap. XX Note 38, zu Note 79 ff.

k) Im Cap. II, 60, Cap. VII, 7, Cap. XI zu Note 55, zu 83, Cap. XX Note 94 ff.

l) Im Cap. I, 45, 46, 82, Cap. II, 87, Cap. V Note 126, Cap. VIII, 5, 10, Cap. XVIII, 2, Cap. XX, 9, Note 284 ff., 294.

m) Im Cap. V, 31, 145, vor Note 165, hinter Note 193, Note 217; VII, 1; X, 35; XII, 45, 66, 84; XIII, 3, 29; XV, 2; XX, 47, 52.

n) Im Cap. II, 20, 60; V, 31, 145, zu 217; VI, 7, Note 54, zu Note 77, 81, zu 113; X, 35; XII, 45, 66, 84; XIII, 3; XV, 2; XX, 52.

o) Im Cap. V, 88, Note 145 ff.; VI, 82, 108; VII, 4; XIII, 72, 126; XV, 57, Note 81, zu Note 93; XVI, 24, Note 76.

Digitized by Google

§ 12 p), § 13 q), fr. 67 pr. r), § 1 s), fr. 87 t), fr. 88 u), fr. 89 v), fr. 90 pr. x), § 1 y), fr. 91 § 2 z), fr. 104 § 3 a), § 4 b), § 5 c), fr. 116 § 1 d), fr. 125 e);

De legatis II fr. 34 § 1 f), § 3 g), § 6 h), fr. 67 § 4 i),

---

p) Im Cap. V, 88, 171; VI, 110; VIII, 5; XIII, 72, Note 122; XV, 13, Note 96 ff.; XV, hinter 106, hinter 108, hinter 111, hinter 113, 117, 120; XVI, 66, Note 84, hinter Note 87.

q) Im Cap. V, 85, Note 88; XV zu 100.

r) Im Cap. V Note 204; VII, 1; VIII, 4; XIII, 31.

s) Im Cap. V Note 170; VIII, 1; XV Note 18 ff., 70, hinter 106, hinter 111.

t) Im Cap. II, 60; VI, 113; VII, 7; XII, 66, 84; XX, 29, Note 48.

u) Im Cap. II, 60; VII, 7; X, 35; XI, 48, 50; XII, 70; XX Note 101.

v) Im Cap. II, 60; VII, 7; XII, 66, 84; XV, 2; XX Note 51.

x) Im Cap. I, 113; V Note 198; VII, 7; XI Note 51; XX, 39.

y) Im Cap. VII, 7; IX, 25, 46; XI Note 49; XIV, 33; XVIII, 68; XX zu 74, 103.

z) Im Cap. V, 75; VI Note 41, 79; VII, 1; VIII, 4; XV, 2; XX Note 52, 259.

a) Im Cap. V zu 177; VI, 80; VIII, 9; X zu 6.

b) Im Cap. V, 3, Note 200; VIII, 5; XI, 31.

c) Im Cap. V, 171; VI, 69; X zu 6; XV Note 46 ff., 71.

d) Im Cap. II zu 57; V, 110, 145, 191; VI, 7, 54, 64, 72, 109, zu 113; VII, 5; VIII, 5; XII, 30; XIII, 72, 121; XV hinter Note 25, Note 75; XVI, 24, 81, hinter 89, 103.

e) Im Cap. I, 43, 46; V, 44, 127, 143; VIII, 9; XX Note 170.

f) Im Cap. V Note 195; VI Note 57, 70, 83, zu 113; VII, 7; VIII, 6; IX, 2; X, 11, 33; XV, 1.

g) Im Cap. I, 17; VII, 1, 15; VIII, 4, 10, 30, Note 48 ff.; IX, 2; X, 11, 19.

h) Im Cap. I, 46; VII, 7; VIII, 30, 52; IX, 2; X zu Note 7.

i) Im Cap. I Note 101; VII, 6; VIII, 5; XV Note 67 ff.

fr. 69 pr. k), fr. 75 § 1 l), fr. 76 pr. m), fr. 77 pr. n), § 8 o), § 12 p), § 19 q), § 26 r), fr. 86 pr. s), fr. 88 pr. t), § 2 u), § 3 v), § 4 x), fr. 89 pr. y), § 4 z);

---

k) Im Cap. II, 79; V Note 136; VIII, 9; X, 16, zu 92, Note 94, Note 96.

l) Im Cap. I, 46, 137; VI Note 10 bis 19, zu 30, hinter Note 49 ff., 90, 113, 125; XII, 7, Note 44, Note 80 bis 99; XIII zu 60, 71.

m) Im Cap. I, 46; XX Note 140 ff.

n) Im Cap. VII, 1, 7; VIII, 5, 9; X, 32, 59, zu 64, 80, Note 85; XII, 35; XIII Note 111; XVIII, 36, 58a, 61; XIX Note 73.

o) Im Cap. I, 101; VII, 1, 7; VIII, 5; IX hinter Note 21, 24, 47; X, 11; XII Note 16; XIV zu Note 2, 11, 13, zu Note 15, hinter 23, Note 37; XVII, 35.

p) Im Cap. VII, 15; VIII, 2; IX, 2, 13; XVIII Note 18, vor 22, 33, 49.

q) Im Cap. I, 11; II, 56; VII, 7; VIII, 33.

r) Im Cap. V, 23, Note 103, hinter 203; VII, 1, 7; VIII, 5; IX, 12; X, 11, 16.

s) Im Cap. VIII, 5, 6; IX, 2; X Note 103.

t) Im Cap. I, 13; VII, 7; VIII, 30; IX, 2; XX Note 27 ff., Anhang 96.

u) Im Cap. I, 10; V, 170; VII, 7; VIII, 33; IX, 2; XI Note 12.

v) Im Cap. VII, 4; VIII, 3; IX, 2; X, 4, 32; XI, 13; XII, 32; XV Note 85; XVI Note 28.

x) Diese Stelle enthält freilich, ebenso wie fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4, fr. 11 pr., fr. 27 § 15 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und fr. 31 D. quando dies 36, 2 wegen der vom Erblasser hinzugefügten Bedingung: si heres non erit, kein Prälegat.

y) Im Cap. I, 17; VII, 7; IX, 15.

z) Im Cap. I, 45; V, 115; VII, 7; VIII, 5; XX Note 210.

Digitized by Google

De legatis III fr. 11 § 3 [a]), fr. 27 pr. [b]), § 1 [c]), fr. 32 [d]), fr. 34 § 1 [e]), § 2 [f]), § 3 [g]), fr. 38 § 8 [h]), fr. 39 § 2 [i]), fr. 40 pr. [k]), § 1 [l]), fr. 41 § 2 [m]), § 3 [n]), fr. 64 [o]), fr. 91 pr. [p]), fr. 92 pr. [q]), fr. 93 § 5 [r]);

---

a) Im Cap. V, 59; X, 59, 65, Note 71, 87; XIX, 70.

b) Im Cap. V, 75; VIII, 9; IX, 2, 13; XI, 37; XX Note 344.

c) Im Cap. I, 102, zu 135; VII, 7; VIII, 5, 7; IX, 2, 9; XI, 39; XX Note 21 ff.

d) Im Cap. I, 45, 100; II, 96; V vor 160; VII, 13; VIII, 7; XII, 51, 78, Note 100 ff.

e) Im Cap. I, 47; VII, 7; VIII, 37; IX, 2; X zu Note 8.

f) Im Cap. I, 45; VII, 1; VIII, 33; XI Note 10, 28; XVIII, 2.

g) Im Cap. I, 100; V, 248, 250; VII, 7; VIII, 7, 38, Note 51; IX, 43.

h) Im Cap. I, 45, 113; VII, 6; XI Note 22; XVI, 7; XVIII, 3.

i) Im Cap. I, 100; V, 243; VII, 7; VIII, 5; X, 11, 23; XI, 23; XVIII, 3; XX Note 289 ff., Note 354.

k) Im Cap. V Note 96 ff.; VI, 36, zu 87; VII, 6; IX, 12; X, 11, 21, 27; XII Note 20; XIII, 57; XV, 1.

l) Im Cap. II, 78; VIII, 5, 12; X, 11, Note 24, 58; XV, 1; XVIII, 30, 46, hinter 54, 56, Anhang 126 [a].

m) Im Cap. VII, 15; VIII, 5, 6; IX, 15.

n) Im Cap. I Note 28, 100; VII, 7; VIII, 34; X, 4; XII, 33; XX Note 344.

o) Im Cap. VII, 7; VIII, 6, 7, 38; X, 11; XX, 28.

p) Im Cap. I, 45; VII, 7; VIII, 8.

q) Im Cap. I, 13, 102; II, 96; VII, 7; VIII, 6; XI Note 47; XII, 34; XX Note 91.

r) Im Cap. I, 45; VII, 1; VIII, 5; X, 69; XI Note 22; XVIII Note 3.

Digitized by Google

so wie überhaupt in den Büchern und Titeln, welche das Erbrecht, und insbesondere einzelne Vermächtnißarten, so wie die Aufhebung und Verfolgung der Vermächtnisse zum Gegenstande haben:

De hereditatis petitione s) 5, 3, fr. 13 § 6 t);
De usufructu accrescendo 7, 2 fr. 7 u), fr. 8 v);
Familiae herciscundae 10, 2 fr. 4 pr. x), fr. 8 pr. y),

---

s) Möglicherweise kann im fr. 13 De inofficioso testamento 5, 2 in den Worten filio legatum dedit ein Prälegat gemeint sein, da der mit diesem Legate bedachte Sohn das Testament nicht angreift. Aber der enterbte Sohn (die Glosse stellt beide Möglichkeiten auf: Erbeseinsetzung und Enterbung) konnte auch mit dem Legate ganz zufrieden gestellt sein, und auf die Ehre, Erbe zu sein, verzichtet haben. Solche Möglichkeiten zu Prälegaten sind gewiß häufig in den Quellen, z. B. in fr. 31 § 3 De adimendis 34, 4, wo die Worte filiae inter cetera legavit peculium von der Glosse als Prälegat aufgefaßt werden. Dagegen spricht aber einmal, daß inter cetera das Pekulium legirt ist, man also annehmen kann, daß die vielen Legate die Erbeseinsetzung ersetzen sollten; sodann daß gesagt wird, sie solle cum heredibus patris klagen. Stünde bloß cum heredibus, so würde heres für coheres erklärt werden können; jedoch der Zusatz patris scheint die Tochter von diesem Begriffe der heredes patris auszuschließen. Ebenso bezeichnen die letzten Worte im fr. 7 De coniung. cum emanc. 37, 8 nicht gerade nothwendig ein Prälegat, sondern können auch den Fall andeuten, wenn ein solcher post emancipationem filii susceptus nepos nicht zum Erben eingesetzt, sondern nur mit einem Legate bedacht ist.

t) Im Cap. V Note 13; VIII, 10; X, 59, 66; XVII, 10.

u) Im Cap. II, 57; V, 171; VII, 4; VIII, 31; XIII, 117; XV Note 56 ff., Note 62 ff., 72, 83.

v) Im Cap. VII, 7; VIII, 31; XVI, 41, 46, Note 69.

x) Im Cap. V hinter Note 193; VII, 1; VIII, 36, 39; IX, 49; XIII, 29, Note 38.

y) Im Cap. I Note 103; VII, 1; VIII, 2, 4.

fr. 18 pr. [z]), fr. 20 § 3 [a]), fr. 22 § 1 [b]), fr. 25 § 22 [c]), fr. 26 [d]), fr. 28 [e]), fr. 32 [f]), fr. 33 [g]), fr. 39 § 4 [h]), fr. 42 [i]);

De his quae in testamento 28, 4 fr. 3 [k]);

De hered. instit. 28, 5 fr. 35 pr. [l]), § 1 [m]), § 2 [n]), fr. 78 pr. [o]);

De condition. instit. 28, 7 fr. 18 § 1 [p]);

---

z) Im Cap. VIII, 7 [a]; XIV, 10.

a) Im Cap. VII, 7; IX, 30, 31, 33; XIV, 26.

b) Im Cap. I, 47, vor 64; VII, 2; VIII, 1; XIII Note 28, 31.

c) Im Cap. I, 45; II, 61, 63; VIII Note 17; XII, 21; XIII, 28; XIX, 33.

d) Im Cap. II, 61; VIII Note 18; XII, 21; XIII, 28; XIX, 33.

e) Im Cap. I, 45; II, 30; VIII, 21; X, 32; XII, 36; XIII Note 28; XV, 91.

f) Im Cap. VII, 7; IX, 43.

g) Im Cap. I, 115; II, 30; VIII, 2, 21, 22; IX, 22, 24, 27, 45; XIV, 18, Note 24; XVII, 29, 35.

h) Im Cap. I, 100; VII, 3, 7; VIII, 4; XX, 258, Note 262.

i) Im Cap. I, 10; VII, 1; VIII Note 46; XIII, 10, 28.

k) Im Cap. XX, 66, Note 125.

l) Im Cap. I Note 54 ff.; VII, 3; VIII, 2; IX, 2; X, 41, 47.

m) Im Cap. I, 47, Note 54 ff., 111; II, 101; V, 112, vor 256; IX, 2, 49; X, 47; XIII Note 84; XVII, 4, 24, 30; XX Note 269; Anhang 130.

n) Im Cap. I Note 54 ff.; X Note 50, Note 55; XIII, 28, 80; XX, 269.

o) Im Cap. V zu 255; VII, 16; IX, 2; X, 42; XVII, 24, 30, 34, Note 41 ff., 67, 68; Anhang vor 159.

p) Im Cap. I, 113; VII, 7; IX, 13; X, 1, 70, Note 71.

De testamento milit. 29, 1 fr. 17 pr.[q];

Si quis omissa 29, 4 fr. 7[r], fr. 10 § 1[s], fr. 22 § 2[t];

De SCto Silaniano 29, 5 fr. 15 § 1[u];

De annuis 33, 1 fr. 21 § 2[v], § 5[x];

De usufructu legato 33, 2 fr. 32 § 1[y], § 6[z], § 8[a], fr. 33 pr.[b], fr. 34 § 1[c];

De dote praelegata 33, 4 fr. 14[d], fr. 17 pr.[e];

De instructo 33, 7 fr. 2 pr.[f], fr. 20 pr.[g], fr. 27 § 3[h];

---

q) Im Cap. I, 45; VII, 3; VIII, 2; IX, 2, Note 3, 26; X, 43, Note 53.

r) Im Cap. V, 171; VIII, 9; XV, 97; XX Note 61, 62, 71, 189.

s) Im Cap. II, 60; V, 29, Note 211; XX zu 73, 77, 189.

t) Im Cap. V, 29; IX, 2; XI, 43, Note 46; XX, 29.

u) Im Cap. XX Note 134.

v) Im Cap. V, 134, hinter 215, Note 245; VIII, 11, 55, 56; XI, 28.

x) Im Cap. V Note 207; VII, 7; IX, 43; XI, 17, Note 25, 27; XX Note 236.

y) Im Cap. V Note 220 ff.; XV, 43, 66.

z) Im Cap. I, 113; VII, 7; VIII, 32, 55; XI Note 15, 40; XX Note 242 ff.

a) Im Cap. VII, 1; VIII, 32, 55; XX Note 235.

b) Im Cap. I, 100; VII, 1; VIII, 5, 12.

c) Im Cap. V, 171, vor Note 219; VII, 8; IX, 2; X, 11, 22; XV Note 51 ff., 71.

d) Im Cap. I, 17; VII, 7; VIII, 8; IX, 13; X, 11, Note 31; XI, 2, hinter 9, hinter 39; XII, 22.

e) Im Cap. VII, 15; VIII, 30.

f) Im Cap. I, 47, hinter 63; V, 170, 198, Note 199; VI, 105; VII, 7; VIII, 33; XV Note 30 ff., 70, vor 107, nach 118.

g) Im Cap. I, 45; VII, 1; VIII, 6; IX, 13; XI, 47; XX, 91, Note 335 ff.

h) Im Cap. I, 11, 45; VII, 16; VIII, 6; XX vor 320, Note 323 ff.

Digitized by Google

De peculio legato 33, 8 fr. 26 [i]);

De alimentis 34, 1 fr. 8 [k]), fr. 10 pr. [l]);

De auro 34, 2 fr. 16 [m]), fr. 32 § 4 [n]);

De adimendis 34, 4 fr. 22 [o]), fr. 23 [p]), fr. 25 [q]), fr. 31 pr. [r]), § 1 [s]);

De his quae ut indignis 34, 9 fr. 12 [t]), fr. 15 [u]), fr. 18 § 2 [v]);

De condition. et demonstrat. 35, 1 fr. 12 [x]), fr. 17 § 2

---

i) Im Cap. I, 13; VII, 7; VIII, 5, 9; XII, 34.

k) Im Cap. I, 41; VIII, 10; XI, 16.

l) Im Cap. I, 41, 47; XI, 16.

m) Im Cap. II, 60; V, 80 [a]), Note 122; VII, 7; X, 11, 20; XII Note 67 ff.; XX Note 41 ff., 47.

n) Im Cap. I zu Note 28; VII, 7; VIII, 3; X, 4; XII, 34.

o) Im Cap. XX, 133, Note 331 ff.

p) Im Cap. VII, 7; VIII, 9; IX, 44; X, 11; XX, 28, Note 304, vor 320.

q) Im Cap. I, 47; VII, 3; VIII, 5; XI zu Note 3; XX Note 313, vor 320, hinter 329.

r) Im Cap. I, 100; II, 98; VII, 7; VIII, 6; XX, 329, Note 345 ff.

s) Im Cap. I, 126; VII, 11; VIII, 2; XI, 24; XVIII, 3; XX Note 368 ff.

t) Im Cap. I, 46; XX, 8, Note 126, 332.

u) Im Cap. II, 60; V Note 241; VI, 98; IX, 11, 22, 35, Note 48; XVII, 31, 35, 61, hinter 69; XX Note 120.

v) Im Cap. VI, 6, Note 31, 36, 54, 98, Note 113; VII, 1; VIII, 5; XII zu Note 88 ff.; XIII, 58; XV, 3; XVIII, 4, 14, Note 15, 22, 35; XX Note 8 bis 18.

x) Im Cap. VII, 7; XI Note 2; XII, 34.

und 3 y), fr. 43 pr. z), fr. 44 § 10 a), fr. 70 b), fr. 77 pr. c), fr. 101 pr. d), fr. 109 e);

Ad legem Falcidiam 35, 2 fr. 14 § 1 f), fr. 15 § 7 g), fr. 22 pr. h), fr. 30 § 8 i), fr. 60 pr. k), fr. 74 l), fr. 75 m), fr. 86 n), fr. 90 o), fr. 91 p), fr. 93 q), fr. 94 r);

---

y) Im Cap. I, 10; VII, 7; VIII, 5; XI Note 6, Note 7; XX, 250.

z) Im Cap. V, 44; VIII, 9; X, 59; XX Note 173.

a) Im Cap. V Note 3, 201; VII, 1; VIII, 5; XI, 29.

b) Im Cap. I, 47; VII, 7; VIII, 2; XI, 64, Note 75 ff.

c) Im Cap. I, 113; VII, 7; VIII, 2, 5; IX, 13; XI Note 64 ff.

d) Im Cap. VII, 7; VIII, 5; XI Note 34 f., 106; XX, 344.

e) Im Cap. VIII, 9; X, 59; XI, 60.

f) Im Cap. VIII, 8; XVII Note 5.

g) Im Cap. VII, 11; X, 11, 12; XI, 2; XIII, 102; XVII, hinter Note 5, 12, 14, Note 15 ff.; XIX, 38; Anhang, 15, 30.

h) Im Cap. V, 195, Note 251; VII, 3, 7; XIII, 125; XVI, 94; XVII, 12, 32, 38, Note 47a ff.; Anhang, 28, 29, 64, zu 119, 154.

i) Im Cap. V, 71; VI, 46; XVII, 9.

k) Im Cap. XII Note 107.

l) Im Cap. VI, 36; XIII, 60, Note 73; XVII, 11, 12; Anhang, 153.

m) Im Cap. XI, 18; XVII, 10, 17, 21; XIX, 1, Note 36, 38, 77; XX, 249.

n) Im Cap. I, 104; II, 99; V, 134, 160; VI, 87, 113; VII, 12; VIII, 5; XIII, 74; XV, 1; XVII, 9; XVIII, vor 11, 16, vor 22, 35, Note 74 ff.; XIX, 1, 4, Note 43 bis 59; Anhang, 26, vor 106, 119, 161, 167.

o) Im Cap. V, 141; VIII, 10; XVII, 22, 57; XIX, 1, 4, Note 76, 89; XX, 228; Anhang vor Note 162.

p) Im Cap. I, 43; II, 78, hinter Note 81; V, 15; VIII, 10; X, 62, 72; XIII, 60, 74; XVII, hinter 7, 11, 12, 14; XVIII, 82; XIX, 1, zu Note 12 ff.; Anhang Note 15, 26, 30 zu 119, 135, vor 167.

q) Im Cap. V, 142; VIII, 9; X, 64, 66, 72, 90; XIX Note 75.

r) Im Cap. I, 100; II, 97; V, 253; VII, 4, 7; VIII,

Ad SCtum Trebellianum 36, 1 fr. 1 § 16 [s]), § 17 [t]), § 21 [u]), fr. 3 § 2 [v]), § 4 [x]), fr. 11 pr. [y]), fr. 18 § 3 [z]), fr. 27 § 14 [a]), § 15 [b]), fr. 29 [c]), fr. 30 § 4 [d]), § 5 [e]), fr. 51 [f]), fr. 55 § 3 [g]), fr. 56 [h]), fr. 58 § 3 [i]), fr. 63 § 3 [k]), fr. 72 [l]), fr. 78 § 13 [m]), § 14 [n]);

6, 7, 20; XI vor 41; XV Note 88 ff.; XVI, 6; XVII Note 28 f., 32; XX, 343; Anhang, 146.

s) Im Cap. I, 51; V, 51, 52; VIII, 5, 29; XIV Note 8; XIX, 59, Note 60 ff.

t) Im Cap. V, 137; VIII, 9; XX, 264, 265.

u) Im Cap. V, 138; VIII, 9.

v) Im Cap. V, 46; XVIII, 71; XIX Note 5.

x) Im Cap. I, 46, Note 53, 137; II, 71; VII, 7; IX, 46; XVIII, 11, 22, 29, Note 39 f.

y) Im Cap. V Note 7, 28; XI, 42; XX Note 116 f.

z) Im Cap. II, 66; XIII, 67; XVIII, 12, hinter 15, vor 22, 37, Note 58, vor 90; XIX Note 47; Anhang, 26.

a) Im Cap. I, 51; V, 129; VIII, 2; XX, 111.

b) Im Cap. V, 7, 28, 121; XI, 42; XX Note 116.

c) Im Cap. XIX Note 71. Dieses Fragment ist identisch mit dem § 3 I. quibus modis testamenta 2, 17. S. unten Note g.

d) Im Cap. I, 46, 49, 52; II Note 69; V, 130; VII, 14; XIX, 1, Note 89.

e) Im Cap. I, 47, 49; II Note 69; VII, 14; XIX Note 90.

f) Im Cap. V, 46; VII, 15; VIII Note 35; XVIII, 35.

g) Im Cap. I, 46; II, 60; XVIII, 64; XX Note 109 bis 115.

h) Im Cap. V, 139; VII, 7.

i) Im Cap. II Note 81; V, 140, 257; VIII, 5, 9; X vor 62, 64, Note 70 f.; XII, 19, 23; XIII, 111; XVII, 10, 54, 73; XVIII, 61; XIX, 1, 9, 51, Note 63 ff., zu Note 79 bis 86, 96; Anhang, 127, 159, vor 167.

k) Im Cap. I, 52; V, 39, 131, Note 134; VIII, 1, 10; XX Note 208.

l) Im Cap. I, 51; II, 62; V, 132; VIII, 5, Note 14; X, 62; XIV, 8, 9.

m) Im Cap. I, 45, 46, 82, 100; II, 96, 103; V, 170; VIII, 2, 9; X, 59; XI, 21; XV, Note 28 f., 70; XVIII, 32, hinter 54, 57.

n) Im Cap. VII, 15; XVIII Note 2, 5.

Quando dies legatorum 36, 2 fr. 27 pr. o), fr. 31 p);

De legatis praestandis 37, 5 fr. 6 q), fr. 8 § 1 r), fr. 18 s), fr. 22 t);

Quod legatorum 43, 3 fr. 1 § 6 u).

Hieran schließen sich die verhältnißmäßig seltenen Erwähnungen der Prälegate im Codex:

Familiae herciscundae 3, 36 c. 7 v), c. 24 x);

Si certum petatur 4, 2 c. 1 y);

De iure dotium 5, 12 c. 2 z);

De codicillis 6, 36 c. 2 a);

De legatis 6, 37 c. 7 pr. b), c. 12 c);

De fideicommissis 6, 42 c. 16 d);

---

o) Im Cap. I, 133; VII, 17; IX, 2; X, 11; XI Note 90 ff.; XII, 7.

p) Im Cap. V, 28; XI Note 42; XII, 11, Note 53.

q) Im Cap. VII, 10; XX Note 177, 184, 190.

r) Im Cap. VII, 7, 9; XX, hinter 182, 188.

s) Im Cap. VI, 63; VII, 7; XX, 36, 47, 55, Note 196 ff.

t) Im Cap. I, 17; VII, 7; XX Note 185.

u) Im Cap. I, 29, 45, zu 59; II Note 100; V Note 21; VI, 36; VII, 1; X, 9; XIII Note 42, 59, 66.

v) Im Cap. X, 11; XIII, 30; Anhang, 98.

x) Im Cap. V, 258; VII, 7; VIII, 5; XIII, 74; XVII, 9, 34, 53, 73; XVIII, 37; XIX, 39, Note 40 bis 44. Der Anhang.

y) Im Cap. VII, 7; VIII, 2; X, 50; XIII Note 78.

z) Im Cap. I Note 128 ff.; VII, 7.

a) Im Cap. VIII, 2; IX, 15; X Note 92; XX, 23.

b) Im Cap. I, 45; II Note 50, 56, 70; VII, 2, 7, Note 12; VIII, 5; XV, hinter Note 63 bis 65; XVI, 10; XX Note 318 ff.

c) Im Cap. I, 12, zu 63; II zu 59, 72; V, 191, Note 198; VII, 7; VIII, 5; XIII, 14; XX Note 30, 51.

d) Im Cap. I, 45; II, 73, 102; VII, 7; XVIII, 30, 41, Note 52 f.; XX zu 206.

Digitized by Google

Ad legem Falcidiam 6, 50 c. 17 [e]);

De exceptionibus 8, 36 c. 1 [f]);

ebenso einige Stellen aus den Institutionen:

Quibus modis testamenta infirmentur 2, 17 § 3 [g]);

De legatis 2, 20 § 2 [h]);

De fideicommissaria hereditate 2, 23 § 9 [i]).

In den Novellen sind nur zweimal [k]) die Prälegate erwähnt, bei der divisio parentum inter liberos in Novelle 18 Cap. 7 [l]), und bei dem testamentum parentum inter liberos in Novelle 107 Cap. 1 [m]).

Die Basiliken enthalten gegen funfzig der eben angeführten Stellen, jedoch meistens stark verkürzt, so daß sie fast gar keine

---

e) Im Cap. V Note 242; XVII vor Note 5[a], 24, 30.

f) Im Cap. VII, 7; VIII, 36, 41; IX, 22, 49; XIII Note 77.

g) Im Cap. V, 53; IX, 2; X, 91; XIX Note 71; XX, 228.

h) Im Cap. I Note 2; XIII, 7.

i) Im Cap. I Note 51; V, 39, 49, 60, 62; VIII, 1, 2, 5, 10; X, 58, 59, 62, 74; XVIII, 35, 70; XIX, 69; Anhang, 117.

k) Denn in Novelle 22 Cap. 48 sind die Worte εἰ μὲν γάρ τινα ἐκ τῶν δευτέρων ἔχοιεν γάμων, ἢ καὶ τῶν πρώτων τυχὸν οὕτω περισπούδαστον, οὕτως ἀγαπώμενον, ὥςτε βουλεσθαι ὑπερφέρειν αὐτῶν τοὺς ἄλλους ἐν τῇ κτήσει, δίδομεν ἄδειαν τοῦτο πράττειν .... ἀλλὰ μηδὲ ἐν σφόδρα μεγάλῳ ποιεῖσθαι τὴν παραύξησιν — wahrscheinlich eher auf höhere Quoten der Erbportionen, als auf Begünstigungen der Kinder späterer Ehen durch Prälegate zu deuten.

l) εἴ τις βούλοιτο τὰ οἰκεῖα πράγματα τοῖς παισὶ διελεῖν, ἢ πάντα, ἢ καί τινα τυχὸν καταλιπεῖν ἐξαίρετα u. s. w. S. Cap. VII, Note 7; IX, 25, 29, 39, 43.

m) εἰ δὲ καὶ πραγμάτων βούλοιτο ποιήσασθαι διαίρεσιν, ἢ τισι πράγμασι ῥητοῖς πάσας ἢ τινας τῶν ἐνστάσεων περιστῆσαι, καὶ τὰ τούτων ἐγγραφέτω γνωρίςματα. Vgl. noch Novelle 115 Cap. 5 im zehnten Capitel Note 98 ff.; und im Cap. VII, 7; IX, 7, 25.

Ausbeute zum bessern Verständnisse dieser Lehre überhaupt, oder einer einzelnen aufgenommenen Stelle gewähren [29]). Die übrigen postjustinianeischen Rechtsquellen enthalten über unsere Lehre gar Nichts.

Anderswoher als aus dem Römischen Rechte fließen für unsere Lehre keine gemeinrechtlichen Quellen, weder aus dem canonischen Rechte, noch aus den Reichsgesetzen. Aber in mehreren ältern und neuern Partikularrechten finden sich Bestimmungen über die Prälegate.

Man könnte versucht werden, zuerst das alte kulmische Recht von 1232 hiefür zu citiren, welches also lautet [30]): Gebit und vorreicht eyn man in gehegentem Dynge vor richter und vor scheppen eyne syner kyndir hundirt mark in alle syn gut vor us zu nemen vor andirn synen kyndirn nach syne Tode zu tune und zu lasene; allein der Zusatz: dy wile her abir lebet, so will her selbir gewaldig syn des gutes und domitte tun und lasen — zeigt deutlich, daß hier nicht ein Prälegat, sondern eine Schenkung von Todeswegen gemeint ist.

Dagegen wirklich auf Prälegate beziehn sich die **Statuta Dinkelsbuhlana** von 1536 tit. VII § 4: Eltern und Großeltern können Kindern und Enkeln ungeschmälert des Pflichttheils den übrigen einen Voraus vermachen [31]); ferner die Nürnberger erneuerte Reformation von 1564, welche im Tit. 31 Ges. 1 § 3 unter der Ueberschrift „Prälegate" den Satz aufstellt: die El-

29) Sogar ist das fr. 34 § 12 De legatis I in den Basiliken lib. 44 tit. 1 l. 33 geradezu unrichtig verstanden, indem hier dieselbe Leseart zu Grunde gelegt ist, welche in der Florentina sich findet, über deren Unrichtigkeit das funfzehnte Capitel Note 96 zu vergleichen ist.

30) Ausgabe von Leman Berlin 1838. S. 108. Buch 4 Capitel 21.

31) G. M. v. Weber Darstellung der sämmtlichen Provinzial- und Statutar-Rechte des Königreichs Bayern. Bd. 2 Th. 2 S. 874.

tern können einem ihrer Kinder oder Enkel vor den andern etwas zum voraus, jedoch ungeschmälert des Pflichttheils der übrigen vermachen; sodann die Frankfurter erneute Reformation von 1578 **Pars IV tit. 6 § 21**: der Testator mag nicht allein **legata**, sondern auch **praelegata** seiner Kinder oder Erben einem oder mehreren, denen er's gönnt, zu einem Voraus verschaffen, das ist vor der Erbtheilung haben zu empfahn; doch soll solches mit Bescheidenheit geschehn, daß auch die andere Kinder ihre gebührende **legitimam** bekommen mögen [32]).

Der Stadt Hamburg Statuten und Gerichtsordnung von 1603 **Pars III tit. 2 art. 4** verstatten ausdrücklich ein Prälegat einem Kinde zu hinterlassen, wenn die andern Kinder dadurch nur nicht in ihrer **legitima** beeinträchtigt werden [33]).

Das sehr vollständige Geldernsche Landrecht [34]) von 1619 verfügt im Theil 3 Tit. 6 § 2 Nr. 14 und 15 Folgendes: Die bis dahin an etlichen Orten herrschende Gewohnheit, daß keinem Miterben zugleich Vermächtnisse hinterlassen werden dürfen, soll von nun an aufgehoben sein, und ein Jeder seinen Erben nach Belieben solche Prälegate oder Vortheile (**sulcke Praelegaten oft vordeel**) hinterlassen dürfen; nur Eltern, welche unter ihren Kindern testiren, dürfen nicht mehr als ein Drittel

32) So in den **Responsa Lynckeriana. Vol. alterum. Respons. 31 § 5.**

33) „Es mügen auch die Eltern in ihrem Testament und letzten „Willen von ihren wolgewonnenen Gütern einem Kinde oder Encklin „vor den andern einen voraus machen oder legiren, doch daß der an„der gebührende legitima unbeschwert und ungehindert bleibe." Vgl. *Cothmanni* **Responsorum iuris et Consultationum Vol. III Francof. 1615. fol. Respons. 28 nr. 39**; Nettelbladt Prälegate S. 19 Note 3.

34) In Maurenbrecher's Rheinpreußischen Landrechten Bd. 2 reicht es von S. 491 bis S. 924.

ihres Vermögens einem Kinde in der Form von Prälegaten (**by maniere van Praelegaet oft vordeel**) zuwenden [35]).

Die eben bemerkte Gewohnheit, daß Niemand zugleich Erbe und Legatar desselben Erblassers sein durfte, herrschte in dem Pariser Gewohnheitsrechte [36]). Doch ist nicht die Gewohnheit der Hauptstadt, sondern die der Stadt Peronne (art. 205) in

---

35) Maurenbrecher a. a. O. S. 742. Er citirt dazu in Note 319 als Beispiele von Prälegaten III, 10 nr. 17 desselben Landrechts. Allein das dort Vorkommende wird von ihm ganz richtig S. 778 Note 363 das nobile praecipuum (das adelige Voraus) genannt, wie es in II, 1, 2 § 1 nr. 20 heißt: hunne ligitime oft wettich deel, d. h. ihr legitimer oder gesetzlicher Theil. Denn praecipuum (niemals aber praelegatum) bedeutet im Mittelalter ein solches gesetzliches Vorzugsrecht, z. B. der überlebenden Ehegatten, mögen sie erben oder nicht (v. Kamptz Sammlung der Provincial- und statutarischen Gesetze in der Mark Brandenburg. Dritte Abtheilung. Berlin 1833 S. 638...644, wo die Statuten von sechs und sechszig Städten und Justizämtern Beispiele für ein solches Praecipuum enthalten), ferner der Erstgeburt (bei Lehn und bei Alloden: Maurenbrecher a. a. O. Bd. 1 S. 253 im Jülich-Bergschen Landrechte Cap. 93) oder der Vorkinder bei dem Einkindschaftsvertrage (Maurenbrecher Lehrbuch des heutigen gemeinen Deutschen Rechts § 512 und die dort Note k citirten. Daher lesen wir im Glossarium mediae et infimae latinitatis Domini *Du Cange* ed. *Henschel* Tom. V p. 394: Praecipuum, vox forensis, ius praecipuum quidquid a parentibus alicui e liberis vel a coniugibus sibi invicem datur praerogativo iure. Gallice: preciput, avantage.

36) *Eusebe de Lauriere* Coutume de Paris 1699. art. 300. *Nicolaus Valla* de rebus dubiis et quaestion. in iure controversis Tractatus viginti Tractatus 3 qu. 6. Francofurti 1577. 4. Gleiches behauptet zwar auch *Merlin* (Repertoire de iurisprudence Tom. XII art. Prelegs § 2) hinsichtlich der Gewohnheitsrechte in Maine (art. 349) und Anjou (art. 260, 334, 346, 349); allein in diesen Statuten ist nur Gleichheit im Erben der Kinder vorgeschrieben, so daß immerhin das mit einer geringern Erbquote bedachte Kind durch ein Prälegat dem mit einer bessern Quote bedachten gleichgestellt werden konnte.

den Code civil (art. 843) aufgenommen, wornach der Erbe nur dann außer seinem Erbtheile noch Vermächtnisse in Anspruch nehmen darf, wenn der Erblasser sie ausdrücklich [37]) zum Voraus und außer seinem Erbtheile (par preciput et [38]) hors part) oder mit Freisprechung von der Collation hinterlassen hat.

Die Verfügung des fürstlich Wirtembergschen Landrechts Pars III tit. 5 § „Sonsten steht den Eltern frei ein Kind vor „dem andern doch ohne Ringerung des Pflichttheils zu bedenken" [39]) zeigt, daß ihm der Begriff des Prälegates nicht fremde ist; und Weishaar im Handbuche des Würtembergischen Privatrechts [40]) beruft sich bei dieser Lehre auf das Römische Recht [41]).

Eben so erkennt das im jetzigen Königreich Sachsen geltende

---

37) Doch wird es schon von den Gerichten für genügend erklärt: falls es genugsam erhellt, daß es des Erblassers Wille sey. Archiv des Civil- und Criminal-Rechts der Preuß. Rheinprovinzen Bd. 16 S. 145.

38) Dieß et ist nach dem Code civil art. 919 für: oder zu nehmen. Ungeachtet freilich nur in den beiden genannten Artikeln der Prälegate gedacht wird, so kann man doch nicht mit Claussen Juristische Zeitschrift. Kiel 1845 S. 146 sagen: das Französische Recht enthält bekanntlich über Prälegate keine Vorschriften — und sich dabei auf Thibaut's Lehrbuch des französischen Civilrechts § 235 ff. berufen. Denn Thibaut a. a. O. § 237 citirt allerdings den § 919 des Code civil und sagt: die subtile Römische Theorie wird sich jetzt auf den einfachen Satz reduziren: daß der mit einem Prälegate bedachte heritier dieses Prälegat in so fern, wie er es sich selbst auszahlen mußte, als Erbtheil in Händen behält.

39) Consilia Tubingensia Vol. I consil. 63 nr. 26.

40) Dritte Ausgabe. Stuttgard und Tübingen 1833. Bd. 2 S. 416 ff.

41) Vgl. noch das allgemeine 1846 zu Ulm erschienene Formularbuch von Dr. Friedrich Feuerbach S. 481 § 13 des Testamentsformulars.

Recht die Prälegate in dem gemeinrechtlichen Sinne an, wie dieß z. B. aus der Darstellung von Curtius [42]) hervorgeht.

Im **Codex Maximilianeus Bavaricus civilis** (oder Bairisches Landrecht) dritter Theil Cap. 6 § 5 lesen wir [43]): **Tertio** ist der instituirte Erbe nicht fähig, ein Legat zu empfangen, es sey denn, daß er nicht allein Erbe ist, sondern Miterben hat; denn da kann ihm ein Prälegat, das ist ein solches Legat vermacht werden, welches er in der Theilung voraus hat. Wobei jedoch quarto zu unterscheiden ist, ob das Prälegat nur überhaupt, ohne Jemanden besonders damit zu oneriren, vermacht ist oder nicht. Letztenfalls wird das ganze Prälegat bei dem Onerirten allein, erstenfalls aber bei der unvertheilten Masse und zwar dergestalten erhohlet, daß **Praelegatarius** an seinem sonstigen Erbtheile keinen besondern Abzug deswegen zu leiden hat.

In dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie lesen wir im zweiten Theil im eilften Hauptstück von Vermächtnissen § 648: der Erblasser kann auch Einem oder mehreren Miterben ein Vermächtniß vorausbestimmen; in Rücksicht desselben sind sie nur als Legatare zu betrachten [44]).

Das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten [45])

---

42) Handbuch des in Chursachsen geltenden Civilrechts Th. 2 § 749. Leipzig 1807.

43) München 1821. p. 326, 327.

44) Das Register verweist unter Prälegat auf Vorvermächtniß, und bei Vorvermächtniß für einen Erben auf den obigen Paragraph. Man vgl. v. Zeiller Commentar über das bürgerliche Gesetzbuch der österreichischen Monarchie. Bd. 2 Abth. 2 S. 581 ff.

45) Schon im Projekt des Corporis iuris Fridericiani (zweite Auflage Halle 1750) Part. II lib. VIII tit. 2 § 13 heißt es: wenn verschiedene Erben instituirt und einem ein Praelegatum vermacht worden, das ist ein solches Legatum, welches er vor der Theilung

verfügt Theil 1 Tit. 12 § 262: ist einem der Miterben vor den übrigen eine bestimmte Sache oder Summe vorausbeschieden worden, so wird er in Ansehung dessen als ein Legatarius angesehn; ferner im § 271: Prälegate[46]), welche dem einen oder dem andern der übrigen Erben ausgesetzt sind, kommen bei der Ausgleichung gar nicht in Anschlag; und im § 273: Ist in dem Falle des § 269[47]) dem ohne nähere Bestimmung eingesetzten Erben eine Sache oder Summe aus dem Nachlasse, als ein Prälegat, beschieden, so erhält er dennoch seinen Antheil nach eben dieser Bestimmung ohne Anrechnung des Prälegats[48]). Das Preußische Recht kennt nicht die Ansicht des Römischen Rechts von einer theilweisen Ungiltigkeit des Prälegates. Dem Erben werden also die Prälegate auf seinen Erbtheil nicht angerechnet[49]); der Prälegatar ist nicht schuldig, etwas von seinem Prälegate herauszugeben, wenn

---

der Erbschaft vorausnehmen soll, so acquiriret er den einen Theil, welchen er sich selbst prästiren müßte, iure heredis, den andern Theil aber von seinen Miterben iure legati.

46) Bei diesem Worte wird auf den obigen § 262 verwiesen.

47) Dieser Paragraph lautet so: Hat der Testator die Masse durch Bestimmung von Erbquoten dergestalt erschöpft, daß für den oder diejenigen, deren Antheil unbestimmt geblieben ist, nichts mehr übrig sein würde: so müssen die andern Miterben dem oder denselben, nach Verhältniß ihrer Antheile so viel abgeben, als erforderlich ist, sie demjenigen gleich zu setzen, dem im Testamente der kleinste Antheil beschieden worden.

48) Vgl. Bornemann Darstellung des Preußischen Civilrechts Bd. 6 S. 108, S. 110 Note 2; Koch Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechts Bd. 2 S. 681 § 825. Man vgl. noch die Beiträge zur Erläuterung der ehelichen Gütergemeinschaft in der Mark Brandenburg in Kamptz Jahrbücher Jahrgang 64 S. 429, 430.

49) Allg. Landrecht I, 12. § 273. Man vgl. die Entscheidungen des Geheimen Obertribunals. Neue Folge Bd. 1 Berlin 1846 S. 276 ff.

gleich für die übrigen Miterben wenig oder Nichts übrig bleibt [50]; er hat davon keine Beiträge zu den Lasten und Erbschaftsschulden der Erbschaftsmasse zu leisten [51]. Doch finden Abzüge davon zur Ergänzung des Pflichttheils der Notherben Statt [52], und wenn der übrige Theil des Nachlasses zur Berichtigung der erbschaftlichen Schulden nicht hinreicht, so sind die Prälegate ebenfalls dazu zu verwenden [53]. Ist endlich der Prälegatar selbst Notherbe und nicht auf seinen ganzen Pflichttheil instituirt, so muß das Prälegat zur Ergänzung des Pflichttheils eingerechnet werden [54].

50) Allg. Landrecht I, 12, 275.

51) Allg. Landrecht I, 12, 332, 333.

52) Allg. Landrecht I, 12, 334.

53) Allg. Landrecht I, 12, 345.

54) Allg. Landrecht II, 2 § 396. Vgl. Bielitz Commentar zum allgemeinen Landrecht Bd. 3 S. 120.

Viertes Capitel.

Die Literatur.

Die Glosse zu den im vorigen Capitel angeführten Stellen des Justinianeischen Rechts [1]), so wie alle spätern Interpreten der diese Stellen enthaltenden Theile des Justinianeischen Rechts [2]) geben bei Gelegenheit dieser Fragmente und Constitutionen sowohl an Umfang als an innern Werthe sehr verschiedenartige Beiträge zur Theorie der Prälegate. Nicht minder haben sich alle Systematiker genöthigt gesehn, mochten sie das Civilrecht in seinem ganzen Umfange [3]), oder nur das Erbrecht, oder ausschließlich die Lehre von den Vermächtnissen abhandeln, auf diese Lehre Rücksicht zu nehmen. Unter diesen letztern sind besonders für unsere Materie lehrreich: in exegetischer Hinsicht Westphal von Vermächtnissen und Fideikommissen [4]), und in dogmatischer Hinsicht Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen.

1) Vornehmlich zu fr. 34 § 11 und fr. 116 § 1 De legatis I. 30.

2) Zasius, Cujacius und Donellus können besonders hervorgehoben werden.

3) Mit Auszeichnung ist hier Vangerow's Leitfaden zu Pandektenvorlesungen zu nennen.

4) Weniger bedeutend für unsere Lehre ist sein System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten.

Digitized by Google

Von den Monographieen über die Prälegate haben wir die wahrscheinlich hierhergehörige von Georg Reichard Hammer oder von Johann Esajas Pfaffreuter nicht erhalten können. Wir glauben jedoch nicht besorgen zu dürfen, daß dadurch uns Belehrung entgangen sein wird. Denn an die Existenz einer Hammerschen Dissertation **de legato praeceptionis** sind wir nur durch ein zweimaliges Citat [5]) erinnert worden. Aus einem solchen fast gänzlichen Schweigen über diese Schrift [6]) halten wir uns zu dem Urtheile berechtigt, daß sie nicht einmal den bescheidenen Anforderungen ihrer Zeit genügt hat. Da wir nun von dieser Dissertation aus *Lipenius* **v. legatum praeceptionis** und **v. praeceptio** erfahren, daß sie zu Altdorf 1677 erschienen, Titel, Ort und Zeit aber mit der Dissertation von Johann Esajas Pfaffreuter, die von der Pfordten aus eigener Ansicht citirt, übereinstimmt, und von der letztern dieser competente Richter sagt [7]), daß sie, die sonst nirgends citirt wird, nicht des Lesens werth sey und nur geschrieben scheine, um einen Gegenstand zur öffentlichen Disputation zu haben, so glauben wir annehmen zu können, daß Pfaffreuter, der noch in das achtzehnte Jahrhundert hineinlebte, unter Hammer's Vorsitz diese Dissertation vertheidigt habe.

Nicht viel Besseres läßt sich von einer **Commentatio de legato praeceptionis** sagen, welche zu Wittenberg 1791 unter dem Präsidio von Johann Christian Francke [8]) durch

5) In *Samuel Stryck* Tractatus de cautelis testamentorum cap. 20 § 11 wird *Hammer* de legat. praecept. thes. 9, und in den Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 104 nr. 18 die thes. 26 sqq. Consil. 81 nr. 42 die thes. 31 citirt.

6) Hammer war Professor zu Altorf gewesen, und starb als Consulent der Stadt Nürnberg 1697.

7) In seiner Diss. de praelegatis p. 3.

8) Nach Meusel (Lindner) das gelehrte Deutschland Bd. 22

Ernst Samuel Kreysig vertheidigt, und möglicherweise auch von diesem jungen Manne verfaßt ist. Trotz ihres geringen Umfanges (drei und zwanzig sehr kleine Quartseiten) fördert diese Schrift mehreres Ungehörige und Unrichtige zu Tage.

So bleiben denn nur fünf Monographieen übrig, welche wirklichen Werth haben, die von Nieto [9]), von Johann Nikolaus Hert [10]), von Burkhard Wilhelm Pfeiffer [11]), von Ludwig von der Pfordten [12]), und von H. R. Claussen [13]).

Daß Nieto — der sonst völlig unbekannt ist — in Salamanka die Rechte lehrte, geht daraus hervor, daß er in seinem Tractate Cap. 4 § 1 von **nostris Salmanticensibus**

S. 208 ist derselbe 1743 geboren, und 1822 als emeritirter Professor gestorben.

9) Doctoris *Nieto* Tractatus academicus de praelegatis nunc primum editus in *Meermanni* Thesaur. Tom. VII p. 643 ... 667.

10) Diss. de praelegatis (resp. Gerlachio). Giessae 1681; und in seinen Commentationes et Opuscula ed. *I. I. Hombergk.* Francof. 1737. 4. Vol. I Tom. III p. 207 ... 220. In dieser dritten Ausgabe (denn Hert selbst hatte sie nochmals 1700 in einer Sammlung seiner kleinen Schriften edirt) ist, wie der Herausgeber, ein Darmstädter Advokat (Jugler Beiträge zur jurist. Biographie Bd. 5 S. 138) erklärt, Vieles mit Hilfe des handschriftlichen Nachlasses von Hert verbessert und zugefügt, z. B. die Verweisung im § 21 auf ein 1708 von Hert gegebenes Responsum.

11) Diss. inaug. iuridica de praelegatis. Marburgi 1798. 4. 63 Seiten.

12) De praelegatis scripsit Ludovicus v. d. Pfordten, U. I. D. Erlangae 1832. 8. 111 Seiten.

13) In der Juristischen Zeitschrift; herausgegeben von dem Schleswig-Holstein-Lauenburgischen Advokatenverein. Jahrg. 1845, erstes Heft. Kiel, 1845: die Lehre von den Vorvermächtnissen nach den für die Herzogthümer Schleswig und Holstein geltenden Rechten. S. 144 ... 210. (In jenen Herzogthümern gilt aber für diese Materie Römisches Recht.)

spricht, und daß er den *Chumazerus* öfters seinen dominus nennt [13a]). Dieser sein Lehrer kann auch zugleich dazu dienen, die Zeit zu bestimmen, in welcher Nieto lebte und schrieb. *Chumazerus* war nemlich, ehe er Praktiker wurde, und als solcher 1660 starb, Professor in Salamanka gewesen [14]). Nehmen wir nun dazu, daß Nieto keine Schriftsteller citirt, welche über das erste Viertel des siebzehnten Jahrhunderts hinausreichen, so können wir, ohne einen Fehlgriff zu besorgen, die Abfassung dieses Traktats in die Mitte des siebzehnten Jahrhunderts setzen. Da Nieto Cap. 3 § 24 von seinem **Commentarius ad l. 18 ad SCtum Trebellianum** spricht, so kann der Tractat über die Prälegate nicht seine erste Arbeit sein. Da er aber mehrmals über die Kürze der Zeit klagt [15]), und nicht Zuhörer [16]), sondern Leser [17]) dieses — erst in Holland gedruckten — Tractates voraussetzt, so ist es möglich, daß dieses eine Probearbeit war, mit welcher er um eine Professur in Salamanka concurrirt hat [18]). Nieto imponirt durch die Masse der Citate aus den Quellen, und durch die von ihm benutzte reichhaltige Literatur aus allen Zeiten und Ländern [19]). Er nimmt dadurch für sich ein, daß er die Gründe

13a) Eben so nennt er den *Melchior de Valentia* nostrum, der 1588 geboren, und Professor in Salamanka war, bevor er in die Praxis übergieng, und 1651 oder 1657 starb.

14) Jöcher Gelehrten-Lexikon v. Chumazero.

15) cap. 2 § 24: cum iam tempus instet; cap. 4 § 1: premimur temporis angustiis; cap. 4 § 16 tempus instat.

16) Dadurch wird die Ansicht ausgeschlossen, als lägen Nieto's Probevorlesungen — etwa pro venia legendi — vor.

17) cap. 4 § 16 lector ex dictis cogitet.

18) Dafür spricht auch das öftere Citiren des damaligen Professor primarius in Salamanka, des Doctissimus *Paulus de Maqueda* cap. 4 § 18 § 20.

19) Es fehlen eben so wenig französische und selbst deutsche

gegen seine Ansichten nie verschweigt, im Gegentheile sie stets vollständig zusammenstellt; und er verwirrt Anfangs durch die Dreistigkeit, mit welcher er seine Gegner zu widerlegen sucht, so daß die Seichtigkeit seiner Ansichten nicht sogleich hervorleuchtet. Der Umstand, daß man über seine Zeit und seine Lebensverhältnisse so gut wie Nichts wußte, mag auch dazu beigetragen haben, ihm und seinem Werke, das bis auf Pfordtens Schrift das ausführlichste über diesen Gegenstand war, einen gewissen Nimbus zu verleihen. Nieto hatte übrigens gar nicht beabsichtigt, die ganze Lehre von den Prälegaten zu erschöpfen, sondern er hat nur vier der schwierigsten Themata aus derselben erörtert. **Caput I. Quid praelegatum, quo differat a ceteris legatorum speciebus?** So gute grammatische Bemerkungen er im Anfange dieses Capitels macht, so müht er sich doch die größere Hälfte dieses Capitels hindurch vergebens ab, durch die Unterscheidung zwischen Prälegaten und einem Erben hinterlassenen Legaten mehrere nach seiner Meinung im Widerspruche befindliche Stellen zu vereinigen, wobei ganz besonders c. 12 C. de legatis eine ausführliche Verdrehung — denn Erklärung kann man es nicht nennen — erleidet. Im zweiten Capitel ist das eigentliche Thema de modo, quo praelegata heredis efficiuntur in der Behandlung verfehlt; aber gut ausgeführt ist die richtige Behauptung, daß das Wesen des Prälegates keine Bedingung enthalte. Im dritten Capitel utrum unico heredi possit praelegatum relinqui, et unico existente filio an liceat patri meliorationem facere et gravamen imponere tertio

---

Theoretiker als spanische Praktiker. Für das spanische Recht in unserer Materie sind noch zu vergleichen *Ioannes de Parladorio* Differentiarum quotidianarum Sesquicenturia Differentia 6 nr. 5... 11. Opera iuridica. Lugduni 1678 fol. p. 239, 240 und Gans das Erbrecht des Mittelalters Bd. 1 S. 369, 438, 450.

Digitized by Google

bonorum? sucht er zuerst, wie er selbst sagt, **multis vigiliis et labore prolixo**, jedoch vergeblich die entgegenstehende Ansicht, als ob nur einem Theilerben Prälegate hinterlassen werden können, zu widerlegen, und stellt dann Unterschiede zwischen Vindikations- und Präceptions-Legaten auf. Das letzte, das vierte Capitel endlich **de imponenda ratione legis Falcidiae et quartae Pegasianae in praelegato** enthält neben vielen guten und trefflichen Bemerkungen doch auch einzelne Behauptungen, die eher geistlos als geistvoll genannt werden können [20]).

Während der gegen Nieto ausgesprochene Tadel hauptsächlich auf dessen ungemessenem Hange, Neues aufstellen zu wollen, beruht, kann man Hert von einem solchen Vorwurfe ganz freisprechen. Mit großer Belesenheit ausgestattet, bemüht er sich, in klarer Rede die besten bis dahin aufgestellten Ansichten in der Lehre von den Prälegaten in guter Ordnung und in möglichster Vollständigkeit wiederzugeben; und dieß Streben kann man als ziemlich gelungen bezeichnen. Seine Dissertation gibt eine leicht faßliche Uebersicht über alle einzelnen Theile dieser Lehre; sie nimmt auf Deutsche Territorialrechte, selbst auf die Gewohnheitsrechte fremder Länder Rücksicht; wir verdanken ihr die Kenntniß einer Menge kleiner zu jener Zeit

20) Die Begründung unseres Tadels findet sich für sein erstes Capitel § 9 ff. hier im Cap. II Note 110, § 21...25 im Cap. I N. 12, § 26 im Cap. II N. 106; für sein zweites Capitel § 5 im Cap. V Note 151, § 6 ff. im Cap. II N. 106 ff., § 13 § 18 im Cap. VIII Note 55; für sein drittes Capitel § 3 im Cap. II Note 110, § 4 im Cap. V N. 146, § 5 im Cap. V N. 115, § 13 im Cap. I Note 138, § 14 im Cap. I Note 24 ff., § 18 im Cap. XII Note 7; § 19 im Cap. VIII N. 16; für sein viertes Capitel § 4 und 5 im Cap. VI Note 68, § 7 und 8 im Cap. XVII N. 10 und N. 21, § 14 im Cap. II N. 113, § 15 im Cap. II N. 80 und Cap. X N. 24, § 17 im Cap. XVII N. 59.

streitiger Punkte in dieser Disciplin, welche jetzt theils bei vorgeschrittenen juristischen Kenntnissen im Allgemeinen, theils auch bei unserm veränderten Rechtszustande als ganz antiquirt erscheinen. Hert beginnt jedoch seine Dissertation mit dem Satze: **Antiquissimum praelegatorum usum, ut alia taceam, in Mosis historia exemplum Iacobi ostendere potest, qui Iosepho in hanc formam legavit: Do tibi partem unam supra fratres tuos, quam a manu Amorrhaei cepi gladio meo et arcu meo. Gen. XLVIII, 22 add. Ioann. 4, 5 et in not. H. Grotium** [21]). Diese Behauptung beruht aber auf gänzlicher Unkunde des wahren Sachverhältnisses. Denn die Bedeutung jener Worte Jakobs, wie sie wenigstens seit Hugo Grotius alle neuere Erklärer der Genesis, z. B. Bohlen und Tuch, anerkennen, ist folgende. Der greise Jakob prophezeit, wie es einst bei der Eroberung Kanaans (des Landes der Amoriter) sein werde. Jeder Stamm seiner zwölf Söhne werde alsdann einen Landstrich erhalten; nur Josephs Stamm werde zwei Landstriche empfangen, indem dessen Nachkommen als zwei Stämme, deren Stammväter Josephs beide Söhne Ephraim und Manasse wären, betrachtet werden würden [22]). Von einem Prälegate ist also hier nicht auf das Entfernteste die Rede. Fassen wir unser Urtheil zusammen, so müssen wir sagen: Hert hat für seine Zeit Tüchtiges geleistet, aber da er sich mehr um Einzelheiten gekümmert, und sich nur die

21) Hugo Grotius erklärt die ersten Worte der angegebenen Bibelstelle dahin: do tibi hoc praecipuum. Dieß letzte Wort (vgl. das erste Capitel Note 17) mag Hert zu seiner unrichtigen Ansicht verleitet haben.

22) Darum heißt es im Buche Josua Cap. 14 V. 4: denn der Kinder Joseph wurden zween Stämme; und im Hesekiel Cap. 47 V. 13: So spricht der Herr Herr: Dieß sind die Grenzen, nach denen ihr sollt austheilen das Land den zwölf Stämmen Israel; denn zwei Theile gehören dem Stamm Joseph.

Aufgabe gestellt hat, **leges hinc inde sparsas conquirere, conquisitas digerere et elaborare**, so hat er die Erkenntniß und das Wesen dieser Lehre selbst keineswegs gefördert.

Bei Pfeiffer finden wir zuerst das eifrige Streben nach einer festen Begriffsbestimmung der Prälegate, und den lobenswerthen Versuch, mit consequenter Durchführung dieses Begriffes alle Fälle auszuscheiden, die nicht unter diesen Begriff passen. Sodann müssen wir seine Bemühung rühmend anerkennen, mit Hilfe eines in der damaligen Zeit üblichen und hier sehr wohl durchdachten Schematismus, der mit dem großen lateinischen A anfangend durch das kleine römische, griechische und deutsche Alphabet geht, und mit zu Hilfe Nahme von römischen und arabischen Zahlen, so wie des großen deutschen Alphabetes endlich mit Doppelalpha schließt, und bei dessen Durchführung er feiner und scharfsinniger als alle seine Vorgänger distinguirt — alle hierher gehörigen Rechtsfragen, die unbedeutendern wenigstens „**remissive**“ in den Kreis seiner Erörterung zu ziehn, und keiner Schwierigkeit aus dem Wege zu gehn. Aber tadeln müssen wir, daß, nachdem Pfeiffer einmal das Wesen der Prälegate sich zurecht gestellt, er hieran mit solchem Starrsinn festhält, daß selbst die Quellenzeugnisse, welche ihm nicht dazu passen, zum Mindesten hintenangesetzt werden. So kommt es denn, daß wir der Interpretation der meisten, wahrhaft schwierigen Digestenstellen [23]) unsere Zustimmung durchaus versagen müssen, nicht bloß deshalb, weil wir seine Ansicht über das Wesen der Prälegate nicht billigen können. Natürlich ist es auch, daß in einer nach des Verfassers eigenen Angabe in höchstens zwei Monaten verfaßten

23) Wir meinen hier besonders fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5 (Diss. p. 32), fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2 (Diss. p. 41, von Pfeiffer selbst in seinem in der folgenden Note angeführten Werke gemißbilligt), c. 24 C. familiae herciscundae 3, 36 (Diss. p. 48).

Jugendschrift nicht die gesammte Literatur so benutzt sein kann, wie dieß bei längerm Studium der Fall gewesen sein würde. Ganz besonders aber gefiel diese Abhandlung eines jetzt als Praktiker und als Schriftsteller gleichmäßig hochverdienten Mannes dem Kanzleirath von Nettelbladt, und zwar so sehr, daß er für deren weitere Verbreitung durch eine Umarbeitung in's Deutsche sorgen zu müssen meinte, aber in dieser (zum größten Theile) Uebersetzung unter dem Titel: Systematische Entwickelung der Lehre von Prälegaten nach den Grundsätzen des Römischen Rechts. Rostock und Kiel 1802, es unterließ, seine oft ungenau benutzte Quelle zu bezeichnen, so daß diesem 1843 als Oberappellationsrath zu Rostock verstorbenen Manne mit Recht der Vorwurf eines literarischen Diebstahls von Pfeiffer [24]) gemacht werden konnte.

Der Aufschwung, welcher der Bearbeitung des Römischen Rechts in dem ersten Viertel unseres Jahrhunderts zu Theil geworden ist, mußte natürlich auch auf die 1832 erschienene Schrift von der Pfordtens wohlthätig einwirken. Können wir auch mit dieser Inauguralschrift in vielen Punkten nicht übereinstimmen [24a]), so müssen wir doch die Behauptung als eine uns zweifellose aussprechen, daß ihr Verfasser unter gründ-

24) Vermischte Aufsätze. Marburg 1803. S. 373...406. In der Recension dieses Buches (Allg. Literaturzeitung 1807 Nr. 225 S. 557) heißt es: So hart diese Beschuldigung ist, so können wir doch nicht leugnen, daß die Rechtfertigung derselben bis zur Evidenz vorliegt.

24a) Man vergl. das erste Capitel Note 115, das fünfte Note 52, 71, 121 f., 187, 218, 225, 232, das sechste Note 40, 44 ff., 53, 57 ff., 71, 76 ff., 83, das neunte Note 34, das zehnte Note 52, 67, 106, das eilfte Note 104, das zwölfte Note 62, das dreizehnte Note 90, 124, das funfzehnte Note 22 ff., 37 ff., das sechszehnte Note 89 ff., 97, 102 ff., das achtzehnte Note 85, das neunzehnte Note 55 ff., das zwanzigste Note 73, den Anhang Note 111.

Digitized by Google

licher, allseitiger Benutzung seiner Vorgänger und der Quellen am glücklichsten sein Thema behandelt hat.

Denn dem neuesten Bearbeiter ist dieß nicht nachzurühmen. Zwar zeigt Claussen geistvolle und scharfe Kritik gegen die Römischen Juristen und gegen die Ausleger des Römischen Rechts [25]), aber nur geringe Literatur- und Quellen-Kenntniß. In der Literatur dieser Lehre geht er nicht über Pfeiffer, also nicht über funfzig Jahre zurück; und von den Quellenzeugnissen über unsere Lehre ist eine Reihe sehr wichtiger Stellen ihm entweder ganz unbekannt geblieben, oder er hat es absichtlich vermieden, die genauere Bekanntschaft mit ihrem Inhalte zu machen, um sich desto leichter über positive Bestimmungen hinwegsetzen zu können. Daß er nicht die Rechtsquellen gehörig benutzt hat, zeigt sich darin, daß er S. 183 bei einer dem Prälegatar auferlegten Restitution der Erbschaft stets das ganze Prälegat zurückbehalten läßt, obwohl fr. 3 § 3 D. 22, 1, fr. 77 § 12 D. 31, fr. 40 § 1, fr. 41 § 14 D. 32, fr. 3 § 4, fr. 32, fr. 78 § 13 D. 36, 1 und c. 16 C. 6, 42 entschieden die Herausgabe des ganzen Prälegates fordern, während § 9 I. 2, 23, fr. 77 pr. D. 31, fr. 51 D. 36, 1 und c. 24 C. 3, 36 deutlich lehren, daß wenigstens ein Theil des Prälegates mit der Erbschaft zu restituiren ist. Ihm hat für diese Lehre die Bekanntschaft mit fr. 18 § 3 D. 36, 1 und fr. 86 D. 35, 2 genügt, welche beide Stellen Claussen, wie es uns wenigstens scheint, außerdem noch unrichtig interpretirt hat. Er behauptet S. 169, es sey ein bloßer Wortstreit ohne prak-

25) Wir können besonders als gelungen hervorheben, was er über die confusio als Aufhebungsmodus der Obligationen S. 157 ff., über die Haftungsverbindlichkeit des Prälegatars für die Schulden des Erblassers S. 173 ff., über Eviction des Prälegates S. 178 ff., und über die Vertheilung des Prälegates unter mehrere Berechtigte S. 186 ff. äußert.

tische Folgen, ob der Prälegatar mitbelastet sey oder nicht, obwohl doch klar der Prälegatar im zweiten Falle viel besser sich steht, als im ersten Falle [25a]). Er findet S. 205 in des Paulus Worten im fr. 30 § 1 D. 44, 2 augenscheinlichen Unsinn, wogegen der neueste Ausleger dieses Paragraphen zu vergleichen ist [26]). Abgesehn von diesen Einzelheiten zieht sich durch die ganze Abhandlung eine bedeutende Unrichtigkeit. Claussen behauptet S. 176, 177: der Prälegatar ist, auch insofern er Erbe genannt wird, in der That Singularsuccessor; das Wort Erbe wird folglich abusive auf ihn angewendet, der wahre eigentliche Begriff eines Universalsuccessors paßt auf ihn gar nicht. — S. 178: das eigentliche Wesen eines Erben haben die Römer im Prälegatar nicht angenommen; der Satz, daß der Prälegatar den ihm selber auferlegten Theil als Erbe habe, ist nicht richtig. — S. 182: in der That ist die Erbenqualität des Prälegatars nicht wahr. — S. 172: es ist ein herrschender Irrthum, wornach in dem Prälegatar eine Erbenqualität angenommen wird. — S. 174: je mehr man sich in die Idee eines Prälegatars als Universalsuccessors hineinversetzt, je abenteuerlicher erscheint ein solcher Rechtsbegriff [27]). Wie sehr diese Behauptung der An-

---

25a) *Stryk* de cantelis testamentorum cap. 20 § 11.

26) Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 84 ff.

27) Nichtsdestoweniger erklärt sich Claussen an einzelnen Stellen seiner Abhandlung für diesen von ihm als abenteuerlich bezeichneten Irrthum. Er definirt nicht bloß nach römischem und gemeinem Sprachgebrauch Prälegat als ein einem Miterben (Mitbürger S. 170 ist Druckfehler) gegebenes Vermächtniß, sondern auch nach der Wissenschaft: ein Legat, womit der Erbe zugleich onerirt und honorirt ist; er erklärt als Subjekt eines solchen Legates S. 168 einen eingesetzten Erben (wobei er fr. 40 pr. D. 32 und fr. 77 § 26 D. 31 übersehn hat, wornach auch Intestaterben als Prälegatarien erscheinen); er erklärt S. 150 den Umstand, daß der Legatar zugleich Erbe ist,

sicht der Römer widerstreitet, zeigen folgende Stellen: **fr. 75 § 1 D. 31, fr. 40 pr. D. 32, fr. 18 § 2 D. 34, 9, fr. 74 D. 35, 2, fr. 1 § 6 D. 43, 3.** Wir würden diese Mängel nicht zusammengestellt haben, wenn nicht Claussen dem Römischen, diesem „antinationalen Rechte" den Vorwurf gemacht hätte, daß sich in ihm eine prinziplose Mannichfaltigkeit widersprechender Entscheidungen finde [28]), und wenn er nicht über die neuesten Bearbeiter dieser Lehre theils das allgemeine Urtheil fällte S. 209: alle bisher aufgestellten und in den gangbaren Lehrbüchern angenommenen Theorieen gerathen mehr oder weniger auf innere Widersprüche und unauflösliche Verwickelungen [28a]), theils insbesondere Roßhirt vorwirft, daß er inconsequent sey und sich in Widersprüche verwickele, während

juristisch für unerheblich; er sagt S. 177: es scheint fast, als wenn der Satz (in die Falcidische Quart muß der Prälegatar sich dasjenige, was er hereditario iure bekommt, einrechnen lassen) der Hauptgrund ist, aus welchem die Römer den Prälegatar theilweise iure hereditario succediren lassen; und S. 192: um die Regel der lex Falcidia, daß Legate nicht eingerechnet werden, festzuhalten, wurde ein Theil des Legates zur hereditas gemacht. — Zu dieser Inkonsequenz, die man eine Begriffsverwirrung nennen kann, scheint der Umstand mitgewirkt zu haben, daß Claussen Subjekt und Objekt des Prälegates vertauscht hat. Die Honorirung mit dem Objekte des Prälegates gibt allerdings nur eine Singularsuccession; aber damit die Honorirung mit einem Prälegate möglich, damit auf den Honorirten der Begriff des Prälegates passend wird, muß er nothwendig Erbe sein.

28) Claussen ist ein entschiedener Gegner der Ansicht, daß wir im Römischen Rechte gleichsam ein geschriebenes Vernunftrecht besitzen; denn er spricht S. 200 von unvernünftigen Prinzipien der Römer, er erklärt S. 207 die ganze hergebrachte Doktrin für unvernünftig; ihm ist S. 198 die Catonianische Regel ein willkührliches unvernünftiges Dogma; eben so S. 163 die lex Falcidia eine unvernünftige Verfügung.

28a) Man vgl. das dreizehnte Capitel Note 80.

höchstens nur den von Roßhirt behandelten Stoff dieser Vorwurf trifft, theils endlich er S. 207 von der Pfordten ohne allen Grund beschuldigt, daß derselbe gegen das klare fr. 35 D. 28, 5 ein Haften des Prälegatars für die Schulden des Erblassers [29]), und im fr. 104 § 5 D. 30 ein verwerfliches Accrescenzrecht annehme, woraus er folgert, daß v. d. Pfordten die Consequenz aus einem anerkannt verwerflichen strictum ius viel weiter treibt, als die Römer selbst. Jedoch der erste Tadel wird durch die Worte Pfordtens [30]) durchaus nicht begründet, und der zweite Tadel durch die Aeußerung Pfordtens: in illa lege per damnationem legatum est, in quo legati genere ius adcrescendi locum non habuisse constat, klar widerlegt. Endlich wirft er S. 169 v. d. Pfordten bei der Erklärung von fr. 34 § 3 D. 32 Sophisterei vor, obwohl uns [31]) diese Polemik vollkommen unbegründet und auf einem Mißverstehn des angeführten Fragmentes zu beruhen scheint.

Diejenigen juristischen Schriftsteller endlich, welche einzelne hierher gehörige Rechtsquellen oder Fragen in ihren Werken mit größerer oder geringerer Ausführlichkeit und Gründlichkeit behandelt haben, werden bei der Interpretation jener Quellen oder bei der Beantwortung dieser Fragen genannt werden. Nur zwei Juristen können wir schon hier nicht mit Stillschwei-

---

29) Bloß imaginär ist die Meinung, welche Claussen S. 175 die herrschende nennt, wornach, wenn der heres ex praedio, welches drei Viertel der Erbschaft ausmacht, neben einem heres ex praedio, welches ein Viertel der Erbschaft werth ist, eingesetzt ist, Jener drei Viertel, Dieser ein Viertel zu den Schulden beitragen müsse. Vgl. das zehnte Capitel Note 45.

30) Diss. de praelegatis p. 77.

31) Vgl. das sechste Capitel Note 250.

gen übergehn, nemlich Chesius [32]) und Voorda [33]), welche Beide mehrere in die Lehre von den Prälegaten gehörige Rechtsfragen mit vielem Geschicke behandelt und fast durchgängig die richtigen Ansichten gegen anders Denkende vertheidigt haben.

32) Interpretationum liber II cap. 3 und de differentiis iuris cap. 7, cap. 8, cap. 82...85 in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 335 ff., p. 636 ff., p. 859 ff.

33) Interpretationes et Emendationes cap. 25 ... cap. 30. Es ist hier die Ausgabe Traiecti ad Rhenum 1735. 8 benutzt.

Fünftes Capitel.

Der Begriff des Prälegates.

Unter Vorvermächtniß oder Prälegat verstehn wir fortan, mit Beiseitesetzung der übrigen im ersten Capitel angegebenen Bedeutungen von **praelegare**, das (einem oder mehreren oder allen) direkten Erben aus der Erbschaft hinterlassene Vermächtniß.

Wir wollen die einzelnen Bestandtheile dieser Definition genauer betrachten, und wo es nöthig ist, sie wider entgegenstehende Ansichten vertheidigen.

Der Begriff eines Prälegates ist strenge in den Grenzen eines Vermächtnisses zu halten. Deshalb liegt in folgenden Fällen kein Prälegat vor.

Im fr. 33 **De pactis**[1]) verspricht Jemand der Tochter seines Sohnes eine Brautgabe, setzt jedoch fest, daß sie weder

1) Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, ne a se, neve a filio suo dos peteretur; si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur, quippe heredi consuli concessum est, nec quidquam obstat, uni tantum ex heredibus provideri, si heres factus sit, ceteris autem non consuli. Wegen dieses letzten Infinitiv Passivi ist gewiß die Leseart älterer Ausgaben provideri richtiger, obwohl die neuesten Herausgeber providere lesen.

Digitized by Google

von ihm selbst, noch von diesem seinem Sohne eingefordert werden dürfe. Nach dem Tode des contrahirenden Großvaters kann sich zwar der Miterbe dieses Sohnes nicht gegen die Forderung der Brautgabe durch eine Einrede schützen, wohl aber der erbende Sohn. Seine Befreiung von dieser Schuld beruht jedoch nicht auf einer letztwilligen Verfügung, sondern auf einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden [2]).

Wenn ein Testator etwa folgende Anordnung getroffen hat: A. soll mein Erbe sein und ein Legat erhalten, in dem Falle, daß er meinen Erben hundert gezahlt hat [3]): dann bilden diese gezahlten hundert kein Legat, sondern eine mortis causa capio im engern Sinne [4]); und diese Disposition kann daher so wenig als die folgende für ein Prälegat gelten [5]).

---

2) Hierhin kann man auch das Versprechen zählen, welches Gönner Auserlesene Rechtsfälle Bd. 1 Nr. 10 S. 257 ff. beurtheilt, daß Jemand dafür, daß er der A. in ihrer Ehescheidungssache einen Beistand abgeben würde, nach dem Tode der A. 250 erhalten, und noch ein Erbe von ihr sein sollte; ein Versprechen, welches die A. im Testamente nicht erfüllt hatte.

3) fr. 44 § 10 De cond. et dem. 35, 1: Plautius: uni ex heredibus fundum legavi, si centum heredibus dedisset; deducet suam partem hereditariam, et reliquam summam heredibus pro portione eorum dabit. At si heres ex parte ita institutus esset, si heredibus decem dedisset, non aliter esset heres, quam si tota decem coheredibus dedisset, quia non ante ad hereditatem admitteretur, quam si omnem summam dedisset; nam quum et servus testamento liber, et ex parte heres ita scriptus esset, si heredibus decem dedisset, constitit, non aliter eum liberum heredemque futurum, quam si tota decem coheredibus dedisset. Paulus: hoc iure utimur. Vgl. fr. 104 § 4 De legatis I. 30, dessen Worte unten Note 200 stehn.

4) fr. 38 De mortis causa 39, 6; Mühlenbruch Pandekten § 768 Note 4.

5) Westphal von Vermächtnissen und Fideik. S. 83. Dagegen will *Hertius* Diss. de praelegatis § 13 hier die mortis causa capio dem Begriffe des Prälegates subsumiren.

Wenn Jemand zum Fiduciarerben, und unter der Bedingung, wenn er nicht Erbe wird, zum Legatar ernannt ist, er aber die Erbschaft nicht antreten will, um das Legat einfordern zu können [6]), und der Universalfideikommissar ihm den Betrag des Legates offerirt, und so ihn zum Antritt und zur Restitution der Erbschaft zwingt [7]), so ist der Betrag des Legates als eine mortis causa capio in seine Hände gekommen [8]).

Maranus [9]) und Westphal [10]) erklären als ein Prälegat das Geld, welches ein vom Erblasser testamentarisch Freigelassener der vom Erblasser ihm auferlegten Bedingung gemäß an einen der Erben zahlen soll [11]). Allein gesetzt diese Zahlung erfolgte auch aus dem Pekulium des mit der Freiheit Bedachten [12]), welches als **hereditaria pecunia** angesehn wird [13]), so daß der Gewinn daraus einem Theilerben zum

---

6) Das steht ihm natürlich frei. *Cuiacius* Comm. in lib. IV quaest. Pauli ad l. 59 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. S. das zwanzigste Capitel Note 29 ff.

7) Diesen Fall enthält fr. 11 pr. D. ad SCtum Trebell. Ein gleicher Fall ist im fr. 27 § 15 D. eod. entschieden.

8) fr. 21 De mortis causa 39, 6. — Das wirklich ihm ausgesetzte Legat kann er nicht fordern, weil er der Bedingung desselben, wenn gleich gezwungen, entgegenhandelt. v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 568.

9) Tractatus ad l. 91 ad legem Falcidiam. Opera ed. Trotz p. 579.

10) Von einzelnen Vermächtnißarten § 746.

11) Diese Bedingung der Freilassung kommt oft in den Quellen vor, z. B. in fr. 17, fr. 32 De statulib. 40, 7, fr. 20 § 9 D. fam. herc. 10, 2. Vivianus bemerkt zu dieser letzten Stelle von der zu zahlenden Summe mit Unrecht: quasi sit ei praelegata.

12) fr. 36 De mortis causa 39, 6.

13) fr. 13 § 6 De hered. pet. 5, 3. Sed et si retenta certa quantitate restituere rogatus sit, idem erit dicendum. Plane si accepta certa quantitate restituere rogatus est, non putat Papinia-

Theil **universali**, zum Theil **singulari titulo** zufloß, so konnte doch nach dem ausdrücklichen Zeugnisse von Marcian [14]) dieser singuläre Titel nicht als Legat, mithin auch nicht als Prälegat [15]), sondern nur als **mortis causa capio** im engern Sinne gelten.

Endlich ist ebenso wenig ein Prälegat in folgendem Falle vorhanden [16]). Ein Patron, welchen seine Kinder beerben, hat seinem Freigelassenen Pamphilus ein Vermächtniß hinterlassen und hinzugesetzt: außerdem vermache ich Dir, Pamphilus, noch hundert, weil ich weiß, daß Alles, was ich Dir hinterlasse, bei Deiner so großen mir bekannten Anhänglichkeit gegen meine Kinder nach Deinem Tode an sie fallen wird. Hier erklärt Scävola: da von einem Freigelassenen es gewissenlos gehandelt wäre, die Meinung, welche sein verstorbener Patron von ihm gehabt, zu täuschen, so müssen, obschon kein Fideikommiß vorliegt, dennoch jene hundert den Kindern des Patrons nach dem Tode des Freigelassenen geleistet werden. Aus dieser Entscheidung ergibt sich, daß überall die Existenz eines Prälegates zu leugnen ist, wo die Klage auf Erfüllung einer letztwillig ausgesprochenen Bestimmung fehlt, obgleich dieselbe freiwillig erfolgt [17]).

---

nus ab herede petendam hereditatem, quoniam pro herede, quod conditionis implendae gratia accepit, non possidetur. Sed Sabinus in statulibero contra; et id verius est, quia pecunia hereditaria est.

14) fr. 76 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2. Id autem quod conditionis implendae causa vel a legatario, vel a statulibero datur, in Falcidiam non imputatur: quia mortis causa capitur. Sane si a statulibero peculiares nummos accipiat, pro sua parte quadranti eos imputare debet: quia pro ea parte non mortis causa capere, sed hereditario iure eos habere intelligitur.

15) fr. 91 D. eod.

16) fr. 39 pr. De legatis III. 32.

17) Eine Anwendung dieser Regel findet sich im Texte des neunten Capitels hinter Note 41.

So wie nun ein zu weiter Umfang für den Begriff der Prälegate zurückzuweisen ist, so auch die von einigen Juristen aufgestellte zu enge Fassung des Begriffes, wornach ein Prälegat auf den beschränkten Fall zurückgeführt werden soll, wenn einem Erben mit dem Worte praecipito ein Legat zugewiesen ist [18]). Denn schon nach Justinianeischem Rechte kann es gar nicht mehr darauf ankommen, ob mit der Formel praecipito, oder mit einer andern Formel [19]), oder ganz formlos [20]) das Vermächtniß dem Erben hinterlassen ist [21]).

Seitdem die formlosen Fideikommisse für den Belasteten bindend geworden sind, kann es allerdings bisweilen zweifelhaft erscheinen, ob ein Vermächtniß überhaupt vorliege. Einen solchen, den Erben bedenklichen Fall entscheidet Scävola im fr. 41 pr. De legatis III. Jemand hatte seine Frau und den mit ihr erzeugten Sohn zu Erben eingesetzt, und im Testamente seine Frau gebeten, sie solle an einem seiner Landgüter keinen Theil in Anspruch nehmen, da sie gut wissen würde, daß er, der Testator, dieses genauer bezeichnete Landgut ausschließlich mit seinem eigenen Gelde gekauft habe, und

---

18) z. B. *Guido Pancirolus* Thesaurus variarum lectionum lib. II cap. 84 in der Iurispr. Rom. et Attica Tom. II p. 1191: praelegatum id proprie dicitur, quod uni ex heredibus per praeceptionem relinquitur; *Vallius* ad l. 91 D. ad leg. Falcid. in *Otto* Thes. Tom. I p. 445; Christiansen Institutionen S. 721.

19) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3: qui vero ex causa praeceptionis, utique tenetur hoc interdicto. Idemqne erit dicendum, et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit. Froben Erläuterungen zu Thibauts Pandekten Bd. 2 S. 314, 315.

20) *Nieto* cap. 1 § 9; *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 25; Thibaut Pandekten § 918 Note 5 (neunte Ausgabe). S. unten das zehnte Capitel Note 11 ff.

21) Man vgl. noch das unten Note 103 mitgetheilte fr. 77 § 26 De legatis II.

Digitized by Google

daß er nur aus großer Achtung gegen seine Frau das Gut auf ihren beiderseitigen Namen habe bringen lassen. In diesem Falle war nun die Frage entstanden, ob der Sohn das Landgut ganz und ausschließlich für sich allein haben solle, oder, mit andern Worten, ob dieß Landgut für den Sohn ein Prälegat bilde. Scävola entscheidet sich dagegen, indem aus den Worten des Testators nur hervorgehe, daß der Mann seine Frau daran habe hindern wollen, die eine Hälfte des Grundstücks als Eigenthümerin in Anspruch zu nehmen, und allein die andere Hälfte zur Erbschaft gehören zu lassen. Dadurch, daß der Testator die Simulation eines mit seiner Frau gemeinsamen Kaufgeschäftes aufdeckte, gab er zu erkennen, daß die Frau aus jenem, möglicherweise [22]) als Schenkung auszulegenden Akte gar kein Recht ableiten könne, sondern erst durch die Erbfolge ein gleiches Recht mit ihrem Miterben an diesem ganz zu seinem Nachlasse gehörigen Landgute erwerben solle [23]).

Das Vermächtniß muß aber nicht bloß giltig angeordnet sein, sondern auch giltig bleiben, damit es als Prälegat angesehn werden kann. Dahin zielt der Fall, welchen Paulus im **fr. 5 § 1 De his quae ut indignis** [24]) mittheilt. Jemand hat ein Testament errichtet, welches non iure factum ist. In diesem Testamente ist einem Verwandten des Erblassers ein

22) Daß hier wirklich gar keine Schenkung zwischen den Ehegatten vorlag, beweist die Erklärung des Erblassers, daß er niemals die Absicht gehabt habe, das gekaufte Grundstück auch nur zur Hälfte seiner Frau zu schenken.

23) Westphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 77, 78.

24) De eo qui legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperunt legata, tamen si is eius conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et iure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso iure poterunt.

Legat hinterlassen, und dieß wird ihm gezahlt. Nach der Empfangnahme erst erfährt der Legatar, daß der eingesetzte Erbe eine Person ist, welche nicht in diesem Testamente instituirt werden durfte; und da er selbst in Ermangelung eines giltigen Testamentes zu den nächsten Intestaterben gehört, so greift er das Testament an. Es fragt sich nun: was ist das Schicksal dieses ursprünglich simpeln Legates? Das Verfahren bei der Anstellung der Erbschaftsklage von Seiten jenes Empfängers des Legates konnte ein doppeltes sein. Entweder hatte der Kläger bei Anstellung dieser Klage das Legat gegen Caution der Rückgabe im Falle seiner Abweisung restituirt [25]). Dann ist natürlich, wenn er siegt, von einem Legate bei der Ungiltigkeit des Testamentes nicht weiter die Rede, obwohl er das Objekt des Legates entweder ganz oder theilweise zurückerhält, jenachdem er als Universal- oder als Theil-Erbe vom Richter anerkannt wird. Oder der Legatar hat sein legirtes Objekt in Händen behalten, in welchem Falle ihm als Sieger die Erbschaft mit Abzug dieses Legates restituirt werden muß [26]). In diesem Falle hat er zwar das Objekt als Legat in Händen; aber dieß ist nicht sein wahrer Titel, sondern er besitzt es jetzt, weil er Intestaterbe ist, da alle Dispositionen des Testaments als von Anfang an ungiltig angesehn werden. Wenn er aber nur Theilerbe wird, und er von dem legirten Objekte Nichts herausgeben, sondern es ganz für sich behalten will, so muß er sich darüber mit seinen Miterben verständigen, und wird sich alsdann durch Kauf oder Tausch im ungestörten, alleinigen Besitz des Objekts erhalten. Nur wenn das Testament mit einer Codicillarclausel versehn war, und

---

25) fr. 43 De hered. petit. 5, 3. Vgl. c. 12 pr. C. de pet. hered. 3, 31.

26) fr. 44 D. eod. 5, 3.

dieselbe in unserm Falle zur Anwendung kommen kann, bleiben die Legate unverändert bestehn [27]), nur wird das anfänglich simple Legat in ein Prälegat umgeschaffen, indem an die Stelle des ohne Erfolg ernannten Testamentserben die Intestaterben treten, unter denen sich auch der anfänglich nur mit einem Legate Honorirte befindet.

Zu dem Begriffe des Prälegates gehört also zunächst das Vorhandensein eines und zwar eines giltigen Vermächtnisses, sodann besonders daß der Berechtigte Erbe wird.

Wenn daher der Testator Jemanden zum Erben instituirt [28]) oder substituirt [29]), und demselben ein Legat hinterläßt, welchem er direkt oder indirekt die Bedingung hinzufügt: **si heres non erit**, so hat er kein Prälegat angeordnet. Denn entweder tritt hier der Honorirte die Erbschaft an, dann wird er mit der Klage auf das Legat wegen des Ausfalles der Bedingung von seinen Miterben zurückgewiesen [30]); oder er tritt die Erbschaft nicht an. Alsdann hat er zwar eine giltige Forderung auf das Legat [31]); aber es fehlt nun ja gerade an dem unterscheidenden Requisite des Prälegates von simpeln Legaten, dem nemlich, daß der Vermächtnißnehmer zugleich Erbe ist.

Der Berechtigte muß ferner wirklich Erbe sein und bleiben, und es nicht bloß heißen. Dieß wird durch die Betrach-

---

27) Seit Justinians Gleichstellung der Legate und Singularfideikommisse kann von der frühern Umwandlung der erstern in die letztern bei Anwendung der Codicillarclausel nicht weiter die Rede sein.

28) fr. 11 pr., fr. 27 § 15 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 31 D. quando dies 36, 2; fr. 104 § 6 De legatis I. 30.

29) fr. 10 § 1; fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4; fr. 88 § 4; fr. 89 § 2 De legatis II. 31.

30) Diesen Fall haben wir bereits oben vor Note 8 betrachtet.

31) z. B. fr. 17 § 2, fr. 18 De legatis I. 30; *Schulting* Notae ad Digesta ad fr. 22 § 2 D. 29, 4.

tung des fr. 5 § 3 De legatis praestandis [32]) beweisen. Hier heißt es: ein Descendent des Erblassers ist in dessen Testamente nicht als Erbe, sondern nur als Legatar honorirt; er agnoscirt die contra tabulas bonorum possessio; sie wird ihm zwar bewilligt, aber aus Irrthum; denn, wie sich später zeigt, so gehörte der Nachsuchende nicht zu denjenigen Descendenten, welchen diese bonorum possessio zu agnosciren erlaubt war, sondern nur zu den minder privilegirten Descendenten, welche, wenn ein Testament durch die contra tabulas bonorum umgestoßen war, berechtigt waren, die in demselben ihnen hinterlassenen Vermächtnisse einzufordern [33]). Jenem Descendenten darf nun zwar nach anerkanntem Irrthume seine Klage auf die ihm hinterlassenen Legate nicht entzogen werden; aber nachdem seine Erbenqualität sich als eine nichtige nachgewiesen hat, kann er nur als simpler Legatar gelten.

Dieselbe Rücksicht entscheidet auch bei der Frage, ob der Fiduciar, welcher seinen ganzen Erbtheil mit Zurückbehaltung einer oder mehrerer Sachen restituiren soll, als ein Prälegatar in Beziehung auf diese Objekte angesehn werden kann?

Donell [34]) und Harpprecht [35]) bejahn diese Frage, und haben den Grund für sich, weil der Fiduciar, ungeachtet er

32) Si quis contra tabulas bonorum possessionem acceperit, deinde postea apparuerit eum ex his liberis non fuisse, qui eam bonorum possessionem accipere possunt, ex his tamen esse, quibus legata praestantur: obtinuit non esse ei denegandam petitionem legatorum, sive ordinariam possessionem petierit, sive Carbonianam.

33) fr. 1 § 1 De legatis praestandis 37, 5; Francke das Recht der Notherben S. 146.

34) Comm. absolutissimi Codicis ad c. 24 C. fam. herc. 3, 36 nr. 1: deducto seu praecepto fundo, aut quod idem valet, fundum ei praelegavit.

35) Comm. ad tit. I. de fideicommissis § 9 nr. 1 Tubingae 1617 p. 439.

nach erfolgter Restitution seines ganzen Erbtheiles dem praktischen Effekt nach aufhört Erbe zu sein, nichtsdestoweniger nach civilistischen Regeln den Namen heres beibehält [36]). Dagegen leugnen Grangianus [37]) und Jensius [38]) in diesem Falle entschieden die Existenz eines Prälegates, weil nach dem letzten Willen des Erblassers in der That nicht Derjenige, welchen der Erblasser zu seinem bleibenden Erben bestimmt hat, ein Vermächtniß erhält, sondern nur ein Solcher, der die Lasten der Erbschaft Anfangs trägt, später aber nach geschehener Restitution seiner ganzen Erbschaft aufhört, Erbe zu sein [39]).

Nach unserer Ansicht hat Donell für die ältere Zeit den allein richtigen Grundsatz ausgesprochen; dagegen aber müssen wir auch der verneinenden Partei [40]) für die Zeit Justinians unter Umständen Recht geben. Suchen wir nun diese unsere Meinung durch die Zeugnisse der Quellen zu beweisen.

Im fr. 3 § 3 De usuris [41]) führt uns Papinian einen

36) Gaius II, 255 heres etiam pro ea parte quam restituit, heres permanet; fr. 7 § 10 a. E. De minor. 4, 4; fr. 88 De hered. inst. 28, 5. Der Universalfideikommissar wird von Gaius in fr. 63 § 11 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 quasi legatarius genannt.

37) Paradoxa iuris civilis cap. 24 in *Otto* Thes. T. V p. 639.

38) Stricturae ad Pandectas p. 348.

39) § 7, § 9 I. de fideic. hered. 2, 23; Theophilus dazu; fr. 27 § 7, fr. 30 § 3, fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Einen Mittelweg schlägt Hert (Diss. de praelegatis § 6) ein. Er findet in diesem Falle zwar ein Prälegat, aber mit folgenden Anomalieen; einmal daß hier die Regel heredi a semetipso legari non posse cessire, sodann daß alles Retinirte in die Trebellianische Quart einzurechnen sey, und daß Alles ohne Erbschaftslast bei dem Fiduciar bleibe.

40) Zu der z. B. *Lyncker* Responsa Lynckeriana Vol. II Resp. 31 § 13 und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 168 ff. gehören. Der Letztere hat auch die richtigen Modifikationen dieser Ansicht aufgestellt.

41) Quum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus

Fall vor Augen, da ein gewisser Pollidius seinen ganzen Erwerb aus einer Erbschaft restituiren soll, und die Testatrix **eundem Pollidium fundum retinere iusserat** [42]), worüber im Verfolge Papinian sich dahin äußert: **fundum praelegaverat** [43]). Ferner referirt Rutilius Maximus den Inhalt eines Testamentes, worin der Erbe **centum praecipere iussus est et restituere hereditatem** [44]), und bezeichnet jene Hundert mit dem Namen **praeceptio**, worunter, wie wir oben [45]) gesehn, das **per praeceptionem** Legirte verstanden wird [46]).

---

fuisset, filiae mulieris, quidquid ex bonis ad se pervenisset, quum certam aetatem puella complesset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere iussisset; Praefectis Praetorii suasi, fructus, qui bona fide a Pollidio ex bonis defunctae percepti essent, restitui debere, sive quod fundum ei tantum praelegaverat, sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat.

42) *Cuiacius* Comm. in lib. 20 quaest. Papin. bemerkt zu dieser Stelle: hoc loco retentionem esse praelegationem. Aehnlich drückt sich aus *Goveanus* Animadversionum liber I ad l. in quartam Opera p. 905.

43) Ob es ein Prälegat blieb, hieng davon ab, ob Pollidius die Quart von der Erbschaft zurückbehielt.

44) fr. 125 De legatis I. 30. Die Worte im zwanzigsten Capitel Note 170. Einen ganz gleichen Fall, nur daß kein Befehl an den Fiduciar ergangen war, sondern daß es hieß praeceptis decem, finden wir im fr. 43 De cond. et dem. 35, 1.

45) Erstes Capitel im Text zu Note 46.

46) In diesen beiden Fällen war mit befehlenden Worten das Vermächtniß angeordnet, im letzten Falle mit dem solennen Worte praecipere, im ersten Falle mit dem nicht technischen Worte retinere, weshalb es auch nicht praeceptio genannt werden konnte, so daß der Jurist deshalb genöthigt ist, von praelegare zu sprechen. Beide Fälle stehn ganz auf gleicher Linie mit denen, da deductis legatis der Fiduciar seine Erbschaft restituiren soll, fr. 3 § 2, fr. 51 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

Hier ist also der Fiduciar trotzdem, daß er nichts weiter als jenes Grundstück oder diese Hundert von der Erbschaft behält, als Erbe bezeichnet. Der Grund aber, weshalb dieß geschehn, scheint folgender zu sein. Das dem Fiduciar zum Zurückbehalten bestimmte Objekt repräsentirt entweder wirklich, oder doch wenigstens nach dem Willen des Erblassers ein Viertel der ganzen Erbschaft oder des Erbtheils, welchen der Fiduciar restituiren soll. Denn wenn gleich **non proprie pars hereditatis in una re intelligatur** [47]), so vertritt doch das zu Retinirende dieses Viertel der Erbschaft oder des Erbtheils, wie Gordian vom Testator sagt [48]): **certis speciebus pro Falcidia praecepit esse contentam**, oder wie Justinians Compilatoren [49]) einem alten Juristen es nachschreibend [50]) sagen: **aliqua re deducta sive praecepta, quae quartam continet .... certa summa deducta praeceptave, quae quartam partem hereditatis continet.** Wenn nun aber diese Objekte den Werth des Viertels nicht erreichten, so war es ganz gewöhnlich, daß der Fiduciar das an dem Viertel Fehlende ergänzte, indem Julian von einem verpfändeten prälegirten Grundstücke schreibt [51]): **si potest tanti vendere quantum facit quarta pars bonorum, ex Trebelliano transituras actiones; si minoris retento eo quod deest similiter ex Trebelliano** [52]) **restitutionem fieri**; indem ferner Severus

---

47) fr. 14 D. si quis omissa 29, 4.

48) c. 11 C. ad legem Falcidiam 6, 50. Die Worte unten Note 54.

49) § 9 I. de fideicomm. hered. 2, 23.

50) Schrader im Commentar zu der vorstehenden Institutionenstelle zu den Worten: quae quartam continet.

51) fr. 1 § 16 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

52) *Pfordten* Diss. p. 93 meint, daß Julian hier eine benigna interpretatio angewendet, und erlaubt habe, wenn das dem

und Caracalla verfügen [53]): contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat, und indem Gordian in dem oben angeführten Falle, wenn gleich der Testator vom Fiduciar verlangt hat, mit bestimmten Objekten zufrieden zu sein, rescribirt [54]): auxilium legis Falcidiae, quod imploras, non prohiberis flagitare.

Ueberall nun, wo der Fiduciar die Quart zurückbehält, mit Einrechnung der ihm ausgesetzten Vermächtnisse, bleibt er Erbe [55]), der Universalfideicommissar wird Miterbe [56]), und die zurückbehaltenen legirten Objekte sind Prälegate oder Präfideikommisse; wo aber der Fiduciar auf das Zurückbehalten

---

Fiduciar zugewiesene Prälegat noch nicht ein Viertel seines Erbtheils werth sey, durch Abzüge außer dem Prälegate das Viertel zu ergänzen, und dennoch ex Trebelliano zu restituiren, indem alle Erbschaftslasten auf den Fideikommissar übergiengen, und selbst das Prälegat mit seiner Ergänzung bis zum Viertel des Erbtheils singulari titulo bei dem Fiduciar zurückbliebe; dieß sey ein einziger Fall, da eine Quart abgezogen und doch ex Trebelliano restituirt werde, weil man hier mit Julian annehmen müsse, der Erblasser habe dieß Prälegat quartae loco dem Fiduciar lassen wollen, aber sich in der Berechnung, daß es ein Viertel seines Erbtheils betrage, geirrt. Gegen diese Hypothese ist theils zu vergleichen die Note 60 im neunzehnten Capitel, theils Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 194, 195, gegen dessen Ausführung nur zu bemerken, daß man im Falle des fr. 1 § 16 nicht sagen kann, der Fiduciar sey „auf einzelne Sachen eingesetzt".

53) § 3 I. quibus modis test. infirm. 2, 17.

54) c. 11 C. ad legem Falcidiam 6, 50: Si, ut allegas, pater tuus eam portionem, ex qua te fecit heredem, fratribus tuis restituere iussit, certisque speciebus pro Falcidia praecepit esse contentam, auxilium legis Falcidiae, quod imploras, apud suum iudicem non prohiberis flagitare.

55) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 171, S. 219 Nr. a.

56) fr. 27 § 11 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: parte hereditatis restituta, familiae herciscundae iudicium inter eum, qui restituit hereditatem, et qui receperit, accipietur.

des Viertels verzichtet, **si quartam retinere non vult**[57]), und nur die ihm hinterlassenen einzelnen Objekte in Anspruch nimmt[58]), da hört er nach neuerm Rechte auf, Erbe zu sein, und sinkt zum simpeln Vermächtnißnehmer herab[59]), selbst wenn die retinirten Gegenstände mehr als ein Viertel betragen[60]). Denn Marcian sagt[61]): **multum interest, utrum qua pars iure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia; nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem et fideicommissarium: posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones**, so daß in dem Falle des simpeln Retinirens jener legirten Gegenstände auch Justinian verfügt: dieselben bleiben **sine ullo onere hereditario quasi ex *legato* ei adquisita**[62]). Man kann daher sagen: der ohne Abzug eines Viertels restituirende Erbe ist dem ähnlich, welcher die Erbschaft ausschlägt, indem durch die Repudiation gleichfalls die als Prälegate angeordneten Vermächtnisse in simple Legate umgewandelt werden.

Nothwendig ist die Verbindung der Erbenqualität mit der eines Vermächtnißnehmers in derselben Person. Es fragt

57) fr. 45 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Aehnlich Paulus Rec. Sent. IV, 3, 2: si quartam retinere nolit.

58) fr. 21, fr. 63 § 5 D. eod.

59) arg. fr. 11 § 3 De legatis III. 32; *Ulr. Huber* Praelect. ad Inst. 2, 23 § 8; *G. L. Boehmer* Electa Tom. I nr. 7 de legatis ex fideicommisso praestandis cap. 2 § 1 § 3; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 184, S. 219...221.

60) quae quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet § 9 I. de fideic. hered. 2, 23. *I. H. Boehmer* in seiner Institutionen-Ausgabe Halle 1728 zu dieser Stelle.

61) fr. 30 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

62) § 9 I. de fideic. her. 2, 23; *Iason* In secundam Infortiati partem commentaria ad l. 1 § 17 D. ad SCtum Trebell. nr. 3: heres habebatur loco legatarii in ea quantitate, quam testator iussit eum deducere de hereditate per fideicommissum restituenda.

sich daher, wie wir den Fall zu entscheiden haben, wenn der Erblasser ein fremdes Hauskind zum Universalerben eingesetzt und dessen Hausvater mit einem Vermächtnisse bedacht hat. Ziehn wir bei dieser Frage die Institutionencommentarien des Gaius zu Rathe, so lesen wir daselbst [63]): der fremde zum Erben ernannte Haussohn (oder der fremde Sklave) kann giltig mit einem Vermächtnisse an seinen Hausvater (oder Herrn) belastet werden; wenn jedoch zu der Zeit, da der Sohn (oder der Sklave) die Erbschaft antritt, er noch in der Gewalt seines mit dem Legate bedachten Vaters (oder Herrn) sich befindet, so kann das Vermächtniß nicht gelten, weil eigentlich der Vater (oder der Herr) Universalerbe wird, und daher sich selbst das Vermächtniß nicht schulden kann. Vergleichen wir mit diesem Berichte des Gaius die correspondirende Stelle in den Institutionen Justinians, so ist es gewiß nicht zufällig, daß die eben mitgetheilte Ansicht des Gaius nur in Beziehung auf die Sklaven aufgenommen, und jede Beziehung auf Hauskinder dabei getilgt ist [64]). Der Grund nemlich, weshalb

---

63) Gaius II, 245: Constat ab eo qui in potestate tua (hierunter ist ebenso die Gewalt des Vaters, als die des Herrn verstanden) est herede instituto recte tibi legari; sed si tu per eum heres extiteris, evanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis; si vero filius emancipatus aut servus manumissus erit, vel in alium translatus, et ipse heres extiterit aut alium fecerit, deberi legatum. In Ulpians Fragmenten tit. 24 § 24 (Ei, cuius in potestate, manu, mancipiove est heres scriptus legari non potest) hat der neueste Herausgeber, **Böcking**, die Negation nach der schon von **Cujacius** (Obss. VI, 37) gemachten und von **Schulting** gebilligten Hypothese aliminirt.

64) § 33 I. de legatis 2, 20: Herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam .... cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si priusquam iussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficitur; qui-

Gaius auf gleiche Weise bei Sklaven und bei Hauskindern entscheidet, lag in der alten Vermögenseinheit zwischen Vater und Hauskind [65]), welche es unmöglich machte, daß Vater und Haussohn sich einander als Creditor und Debitor gegenüber stehn konnten [66]), welche Unmöglichkeit erst mit dem Momente der Aufhebung der Gewalt wegfiel. Im Justinianeischen Rechte war diese Vermögenseinheit zwischen Hausvater und Hauskind geschwunden, und daher lesen wir in Justinians Digesten [67]) durch die ändernde Hand Tribonians die Worte: **a filio herede etiam pure patri legari potest, nec [68]) interest an die cedente legati in patris potestate sit [69]).** Denn der erbende Haussohn selbst erwirbt an den

---

bus casibus utile est legatum. Quodsi in eadem causa permanserit, et iussu legatarii adierit, evanescit legatum. fr. 20 D. ad leg. Falcid. 35, 2: Si a servo meo herede instituto mihi legetur, et mihi adquiratur hereditas, negat Maecianus, id legatum in Falcidia computari; quia non debeatur.

65) Sie war zu seiner Zeit einzig durch das castrense peculium modificirt.

66) *Harpprecht* Commentarii in tit. Inst. de legatis § 32, 33 nr. 5.

67) in fr. 25 De legatis I. 30.

68) Paulus hatte hier wahrscheinlich statt nec das Gegentheil sed, und wie schon Duarenus zu diesem Fragmente bemerkt: fortassis haec plenius Paulus descripserat. Auch Julian im fr. 17 D. quando dies 36, 2 will ein solches Legat nur gelten lassen, wenn der Sohn nach beendeter väterlicher Gewalt die Erbschaft antritt (vgl. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 468), wonach sein allgemein klingender Satz in fr. 91 pr. De legatis I. 30 cum possit a filio patri legari zu beschränken ist.

69) *Schulting* Notae ad Digesta ad h. l. setzt hinzu: quia id pater retinet non ut legatum sed ut partem hereditatis. Duaren bemerkt, daß die unmittelbar folgenden Worte (Igitur et si iussu patris adita sit hereditas, imputabitur ei in Falcidiam) mit den oben stehenden Worten sich nicht gut vereinigen lassen, indem mit diesen

ererbten Gegenständen die Proprietät, der Hausvater den Niesbrauch daran. Ist also dem letztern ein zur Erbschaft gehöriger Gegenstand legirt, so wird sein Niesbrauch daran in ein **plenum dominium** umgeschaffen. Das dem Hauskinde zu Gunsten des Hausvaters auferlegte Vermächtniß ist daher stets giltig nach Justinianeischem Rechte [70]); aber ein Prälegat ist es nicht [71]), da zwischen Vater und Sohn keine Personen-Einheit existirt [72]).. Nur alsdann muß ein Prälegat ange-

Worten (wie auch *Voorda* ad legem Falcidiam cap. 10 § 1 hervorhebt) Paulus das Legat für ungiltig erkläre, wenn der Sohn auf Befehl des Vaters die Erbschaft angetreten; weshalb dasselbe, wie jedes ungiltig gewordene Vermächtniß, da es ein zur Erbschaft gehöriger Theil bleibt, in die Falcidische Quart eingerechnet werden muß fr. 50, fr. 52 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Jedoch müssen wir bei diesen letzten Worten des fr. 25 eine sog. duplex interpretatio anwenden. Bei imputabitur ist nemlich zu suppliren: quod inutiliter legatum est, worunter zu des Paulus Zeit das ganze legirte Objekt, aber seit c. 8 C. de bonis quae liberis 6, 61 nur dessen Niesbrauch zu verstehn ist, der iure patris lebenslänglich dem Hausvater des erbenden Sohnes zusteht, während die Proprietät des legirten Objekts allein den wirklichen und giltig bleibenden Gegenstand des Legates zu Gunsten des Hausvaters bildet.

70) *Duarenus* ad l. 25 De legatis I. 30 ist der Meinung, daß ein Vermächtniß an den Gewalthaber des eingesetzten Erben zwar giltig hinterlassen sey, aber nur dann auch nach Justinianeischem Rechte zur Wirklichkeit gelangen könne, wenn im Augenblicke der Antretung der Erbschaft das Verhältniß der väterlichen Gewalt nicht mehr besteht.

71) Zwar behauptet *von der Pfordten* Diss. p. 23, wenn der Sohn die Erbschaft auf Befehl des Vaters, dem legirt ist, angetreten hat, die Existenz eines Prälegates; aber seine Argumentation beruht auf Stellen, die nur von erbenden Sklaven und ihren zum Legate berechtigten Herrn handeln, wie § 33 I. de legatis 2, 20 und fr. 30 § 8 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Nach seiner in der nächsten Note citirten Abhandlung wird er wahrscheinlich jetzt sich zu der Meinung unseres Textes bekennen.

72) von der **Pfordten** Abhandlungen. Erlangen 1840. S. 113 ff., S. 210.

Digitized by Google

nommen werden, wenn ein Hausvater statt des die Erbschaft rekusirenden Sohnes die Erbschaft für sich selbst angetreten hat [73]), aus welcher auch ihm ein Vermächtniß hinterlassen war, indem nunmehr wirklich Erbe und Legatar in derselben Person zusammentreffen. War aber in diesem Falle der Sohn zum ex asse heres eingesetzt gewesen, so hat aus diesem Grunde jetzt auch in der Person des Vaters das Prälegat keinen Bestand [74]).

Ganz ähnlich ist darnach der Fall zu entscheiden, wenn der Hausvater (oder Herr) Universalerbe [75]), und der Haussohn (oder der Sklave) als Legatar [76]) an ihn gewiesen ist. Hier standen sich im ältern Rechte zwei Ansichten starr entgegen, die des Servius Sulpicius und die der Prokulejaner. Jener sah das Legat im Momente der Errichtung als giltig hinterlassen an und ließ es nur in dem Falle ungiltig werden, wenn der Sohn zur Zeit des dies legati cedens noch in derselben väterlichen Gewalt war. Diese sahn das Legat sogleich als ungiltig an und ließen es auch niemals giltig

---

73) Hiezu ist er nach c. 8 C. de bonis quae liberis 6, 61 berechtigt.

74) S. unten im Texte zu Note 146 ff.

75) Für den Fall, daß der Hausvater oder der Herr nur Theilerbe war, und in demselben Testamente auch sein Hauskind oder sein Sklave mit einem Vermächtnisse sich bedacht fand (fr. 27 pr. De legatis III. 32, fr. 91 § 2 De legatis I. 30), mag wohl kein Streit über die (wenigstens theilweise) Giltigkeit dieses Legates obgewaltet haben.

76) Wir finden ein Reskript im fr. 19 pr. D. ad SCtum Trebell. 36, 1 von Paulus angeführt, wornach, wenn dem Hauskinde von seinem erbenden Vater ein Fideikommiß hinterlassen, und ausdrücklich der Sorge des Vaters es anempfohlen ist, daß der Sohn das Fideikommiß bekomme, dieß Fideikommiß als ein solches betrachtet werden soll, welches demselben gebühre, sobald er sui iuris geworden.

Digitized by Google

werden [77]). Dagegen die Sabinianer vermittelten beide Meinungen. Sie nahmen im Falle des bedingt hinterlassenen Legates die Ansicht des Servius an [78]), im Falle des pure hinterlassenen Legates huldigten sie der Ansicht der Prokulejaner; und für diese Mittelmeinung entschied sich auch Justinian, falls der Herr Universalerbe, und sein Sklave als Legatar an ihn gewiesen war [79]). Ueber den Fall, wenn ein Hausvater zum Erben und dessen Haussohn zum Legatar eingesetzt ist, verbreitet sich Justinian nicht. Unmöglich aber können wir mit Cujacius [80]) eine gleiche Entscheidung als die eben ge-

77) Gaius II, 244. An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. Servius recte legari probat, sed evanescere legatum, si quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit; ideoque, sive pure legatum sit et vivo testatore in potestate heredis esse desierit, sive sub conditione et ante conditionem id acciderit, deberi legatum. Sabinus et Cassius sub conditione recte legari, pure non recte putant; licet enim vivo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intelligi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset. Diversae scholae auctores nec sub conditione recte legari putant, quia quos in potestate habemus eis non magis sub conditione, quam pure debere possumus.

78) So auch Ulpian Tituli XXIV, 23; weil die Bedingung erst nach aufgelöster Gewalt eintreten konnte.

79) § 32 I. de legatis 2, 20: An servo heredis recte legamus, quaeritur; et constat, pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia, quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit. War der Herr zum Universalerben ernannt, und seinem Sklaven ein Fideikommiß hinterlassen, so galt dieß nur, wenn zugleich dem Sklaven fideikommissarisch die Freiheit hinterlassen war fr. 8 § 1 De legatis III. 32.

80) Notae ad § 32 I. de legatis 2, 20. Ebenso *Duarenus*

nannte bei Herrn und Sklaven annehmen, schon aus dem Grunde nicht, weil man alsdann gar nicht absehn könnte, weshalb Justinian den ganz allgemein von Hauskindern sowohl als von Sklaven handelnden Paragraph des Gaius auf Sklaven beschränkt haben sollte. Daher müssen wir bei mangelnden[80a]) ausdrücklichen Gesetzen der Analogie des vorigen Falles folgen, wo der Hausvater als Legatar und der Haussohn als Erbe angenommen wurde. Darnach wird nun hier kein Prälegat, sondern ein simples Legat bestehn, indem der Vater zur Uebertragung des Eigenthumes an seinen Sohn verpflichtet ist, aber an diesem Adventitiengute seines Sohnes den gesetzlichen Niesbrauch in Anspruch nehmen kann[81]). Nur dann könnte der Vater als Prälegatar angesehn werden, wenn er Theilerbe war, und an Stelle seines das Legat repudiirenden Haussohnes[82]) es annimmt[83]).

Das Prälegat fordert seinem Begriffe nach als honorirtes

---

ad l. 25 De legatis I. 30 und Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 477, welcher in Note 6 zum Beweise seiner Behauptung fr. 5 § 7 D. quando dies 36, 2 citirt, das jedoch nur vom Sklaven handelt.

80a) Denn nur als Analogie kann hierbei das fr. 16 De auro 34, 2 benutzt werden, wo eine Haustochter mit ihrem Fideikommiß an den (ihr substituirten) Hausvater gewiesen ist, aber die Auszahlung erst verlangen kann, nachdem sie sui iuris geworden. Vergl. das zwölfte Capitel Note 67 ff.

81) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 471, 472 macht darauf aufmerksam, daß es nach der Absicht des Testators auch zu den irregulären Adventitien gezählt werden könne.

82) c. 8 pr. C. de bonis quae liberis 6, 61: ubi recusante eo (filio) pater sua auctoritate haec (vel legatum, vel fideicommissum) sibi vindicet.

83) Schrader sagt zum § 32 I. de legatis: vix post peculiorum ius excultum huiusmodi legatum filio relictum inutile esse potuit.

Subjekt einen direkten Erben, also unmittelbare Beerbung des Erblassers, gleichviel ob der Honorirte Institut oder Substitut des ersten oder eines folgenden Grades ist [84]). Dafür finden wir zwei Anwendungsfälle im Justinianeischen Rechte.

Wenn ein simpler Legatar, dem ich entweder allein [85]), oder zugleich mit einem von meinen Erben ein bedingtes Vermächtniß hinterlassen habe, ehe die Bedingung des Legats in Erfüllung geht [86]), Erbe meines mit dem Legate belasteten Erben wird [87]), so ändert sich in seinem Verhältnisse zu der legirten Sache, so wie zu den etwanigen Collegatarien [88])

84) Beispiele für Substituten finden sich in dem Testamente des Dasumius, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 314 Z. 12 vgl. mit S. 345 Z. 34 ff. und S. 354 Z. 46, ferner S. 314 Z. 5 vgl. mit S. 364 Z. 70 ff.; ebenso in Böhmer's Rechtsfällen Bd. 3 S. 436, 437: würde dieser mein instituirter Erbe sich innerhalb fünf Jahren nicht standesmäßig verheirathen, so substituire meinen Vetter zu meinem wahren Erben, ihm dabei sein Legatum vorbehaltend.

85) fr. 4 D. ad legem Falcidiam 35, 2: fundo legato mihi sub conditione pendente legati conditione heres me heredem instituit, ac postea legati conditio exstitit: in Falcidiae ratione fundus non iure hereditario, sed legati meus esse intelligitur. Ein Bedenken konnte nemlich dadurch entstehn, daß der Legatar den verstorbenen Erben repräsentirte; aber sagt Duaren zu fr. 34 § 13 De legatis I: hic legatum ab initio constitit in persona legatarii. Ebenso *Cuiacius* Comm. in tit. I de legatis ad l. 17 et l. 18 und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 287.

86) Dasselbe gilt nach Zasius (Lectura in tit. de legatis I ad l. 34 § 11 Opera Tom. III p. 466), wenn das Legat unbedingt hinterlassen, aber noch nicht von dem belasteten Erben geleistet war.

87) Wir nehmen an, daß diese Beerbung erst nach dem Antritt der ersten Erbschaft vor sich geht, daß also nicht einer der wenigen Transmissionsfälle eingetreten ist, in welchen natürlich der sog. Transmissar ganz dem Transmittenten gleich steht.

88) fr. 34 § 13 De legatis I: Plane si alter ex legatariis heres exstiterit heredi, a quo legatum erat relictum, non ideo minus partem collegatario faciet; retinet enim pro parte legatum. Wir

Nichts [89]). Auch wird er nicht etwa durch diese Beerbung zu

müssen nemlich in diesem § 13 denselben Fall zum Grunde legen, welcher im § 11 eben dieses Fragments hervorgehoben ist, wornach nur einer von beiden Legatarien zugleich Erbe ist, für welche Meinung auch die Basiliken 44, 1, 33 und Schulting Notae ad Digesta ed. *Smallenburg* ad h. § zu sprechen scheinen. Soviel ist nemlich gewiß, daß der hier vorausgesetzte Fall nicht mit dem in dem unmittelbar vorhergehenden Paragraphen erörterten identisch sein kann, indem sonst vermittelst der Beerbung des einen Erben durch den andern beide Collegatarien in eine Person zusammenfallen würden, weshalb dann von einem partem facere collegatario hier nicht mehr die Rede sein könnte. Schon die Glosse setzt daher zu den Worten si alter ex legatariis hinzu: extraneis, und stellt folgenden Fall auf. Wenn Jemand den A. zum Erben einsetzt, den M. und den N. zu einem Legate beruft, und M. den A. beerbt, so behält der M. seinen anfänglich ihm bestimmten Theil am Legate unverändert. Dieß ist auch die Ansicht von Pothier (Pandectae lib. 30 ... 32 nr. 67) und von Arndts in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 289 zu Note 71. Aber wir dürfen in unserer Stelle nicht nothwendig unter dem heres, a quo legatum erat relictum, den Universalerben verstehn, sondern nur überhaupt einen Erben, auf dessen Erbtheil das Legat lastete; und wir können daher mit Beziehung auf § 11 dieses Fragments den einen der beiden Collegatarien auch als Theilerben betrachten, wie diesen Fall ausdrücklich die angeführte Basilikenstelle angibt. Darnach können wir als ein zweites Beispiel für den Fall des § 13 folgenden aufstellen: A. ist auf ein Sechstel, B. auf fünf Sechstel zum Erben ernannt; A. und N. sind zu demselben Legate berufen. Diesen Dispositionen gemäß würde A. sein Sechstel des Prälegates an N. geben, und ebensoviel als N. von B. fordern, nemlich Jeder von Beiden fünf Zwölftel, so daß A. fünf Zwölftel, N. sieben Zwölftel vom legirten Objekte, der Letzte es als simpler Legatar haben würde. Wenn nun aber vor dieser realisirten Legatsforderung N. den B., nachdem dieser die Erbschaft angetreten, beerbt, so soll dadurch Nichts an diesem Theilungsplane geändert werden. Denn da N. an diesem Legate bereits ein erworbenes Recht hat, so wird dadurch, daß er den damit theilweise belasteten Erben B. ganz oder theilweise beerbt, sein simples Legat nicht in ein Prälegat umgewandelt. Wäre dieß der Fall, so würde ganz nach dem Vorbilde des § 12 A. fünf Sechstel und N. nur ein Sechstel vom Prälegate in Anspruch nehmen können.

89) *Goveanus* Comm. in l. 4 D. ad leg. Falcid.

einem Prälegatar [90]). Denn wenn gleich eine alte Rechtsregel sagt, der Erbe des Erben falle auch unter den Begriff des Erben des Erblassers [91]), so fehlt es doch hier an der unmittelbaren Beerbung des Erblassers [92]).

Der andere Fall ist der, daß ein Universalfideikommissar, welchem ein Vermächtniß hinterlassen ist, in Beziehung auf dieses Vermächtniß nicht als Prälegatar angesehn werden kann. Dieser Fall ist im fr. 41 § 14 De legatis III [93]) erwähnt. Der Testamentserbe ist hier gebeten, die ganze Erbschaft an die Frau des Testators zu restituiren, die Frau wiederum, dieß Universalfideikommiß mit Ausnahme der ihr legirten Gegenstände (exceptis his, si qua tibi supra legavi) der Tochter herauszugeben. Da der Universalfideikommissar heredis loco ist [94]), so könnte man meinen, daß jene Frau in Bezug auf die zurückbehaltenen Vermächtnisse als Prälegataria gelten müßte, was jedoch bei näherer Betrachtung nicht der Fall sein kann. Die Legate nemlich, welche ihr durch den directen heres ex asse zu Theil werden, kommen ihr nur

90) *v. d. Pfordten* Diss. § 10 p. 40, § 23 p. 79.

91) fr. 65 De V. S. 50, 16; c. 14 C. de hered. inst. 6, 24.

92) In dem umgekehrten Falle, wenn der eine mit dem Prälegate belastete Erbe einen Legatar post diem legati cedentem beerbt, kann er allerdings Prälegatar genannt werden, ungeachtet er nicht dem Anordner des Legates unmittelbar dessen Erwerbung zu verdanken hat; noch weniger kann der Name eines Prälegatars demjenigen Erben entzogen werden, welcher einen mit einem Prälegate honorirten Miterben post diem legati cedentem beerbt. Vgl. fr. 1 § 15 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

93) Heredis scripti fidei commiserat, ut Seiae uxori universam restitueret hereditatem, et uxoris fidei commisit in haec verba: a te, Seia, peto, ut quidquid ad te ex hereditate mea pervenerit, exceptis his, si qua tibi supra legavi, reliquum omne reddas, restituas Maeviae infanti dulcissimae.

94) § 3, § 4, § 6 I. de fideic. hered. 2, 23.

legati titulo zu [95]), wie jedem simpeln Legatar; und dieser Titel wird nicht im Mindesten dadurch geändert, daß die Empfängerin der Legate sich die Erbschaft restituiren läßt.

Dagegen gehört es zum Begriffe des Prälegatars nicht, daß derselbe gerade testamentarischer Erbe des Erblassers wird; er kann auch Intestaterbe desselben sein. Dieß lehrt Scävola im fr. 40 pr. De legatis III [96]). Ein Mädchen, so schreibt er, welches nach der Emancipation ihres Vaters concipirt ist, hält irrthümlich [97]) den nicht emancipirten Bruder ihres Vaters für ihren einzigen gesetzlichen Erben, und errichtet einen Intestatcodicill, worin sie diesen Oheim bittet, dem Bruder ihrer Mutter die Hälfte [98]) ihrer Erbschaft und zwei Grundstücke zu restituiren. Da nun aber beide Oheime zu gleichen Theilen die Erbschaft ihrer Nichte als nächste Cognaten ab intestato erhalten [99]), so verstand sich die Aufhebung des Universalfideikommisses von selbst, da schon das Gesetz den Willen der Erblasserin erfüllt hatte. Es entstand aber die Frage, ob das Vermächtniß hinsichtlich der beiden Grundstücke Giltigkeit behalte, da seine Ausführung wenigstens theilweise unmöglich geworden, weil ja der mütterliche Oheim schon aus

95) Während der Prälegatar die ihm prälegirten Objekte theils legati, theils hereditario iure erwirbt. S. das dreizehnte Capitel im Texte zu Note 57 ff.

96) Die Worte s. im zwölften Capitel Note 20.

97) Sie befand sich in Rechtsunwissenheit *Chifletius* de iure fideicommissorum lib. III cap. 9 in *Otto* Thes. Tom. V p. 832.

98) Denn pars bezeichnet im Zweifel immer die Hälfte fr. 11 § 6 De interrog. 11, 1; fr. 43 De usufructu 7, 1; fr. 164 De V. S. 50, 16.

99) Zur Zeit des Scävola nur durch die unde cognati bonorum possessio; im neuesten Justinianeischen Rechte auch nach Civilrecht. R. Schneider in der Note 20 zur Uebersetzung dieses fr. 40 pr. De legatis III.

Digitized by Google

eigenem Erbrechte (iure suo per bonorum possessionem) die Hälfte dieses Vermächtnisses habe [100]). Scävola erklärt sich mit Recht dahin, daß die beiden Grundstücke allerdings ganz dem Oheim von mütterlicher Seite gebühren, und zwar zu der einen Hälfte aus seinem eignen Erbtheile, zu der andern Hälfte durch das seinem Miterben auferlegte Fideikommiß. Daß hier ein Prälegat, oder vielmehr ein so zu nennendes Präfideikommiß vorhanden ist, kann nicht bezweifelt werden [101]). Denn einmal spricht dafür der Wille der Erblasserin, ihrem — freilich nach ihrer Meinung nur fideikommissarischen — Erben ein Vermächtniß außer einem Erbtheile zuzuwenden, sodann die Entscheidung Scävolas, daß hier ein Intestaterbe der Codicillantin das ihm im Codicill ausgesetzte Vermächtniß zum Theil iure bonorum possessionis, zum Theil ex causa fideicommissi wirklich erhält [102]). Eben dasselbe wird auch durch fr. 77 § 26 De legatis II [103]) bewiesen. Eine Mutter hatte, ohne daß ihr Sohn davon wußte, einen Schenkungsbrief für ihn über zwei Güter in einem Tempel deponirt, und an den Tempelhüter folgendes Schreiben gerichtet: ich wünsche, daß

100) Westphal von Vermächtnissen und Fideikomm. S. 525.

101) *Cuiacius* Obss. 4, 23: Notum est, in libris nostris legati appellatione saepissime fideicommissum significari .... legati et praelegati nomine fideicommissum significabitur. Dagegen das Umgekehrte findet nach seiner Bemerkung zu fr. 1 De legatis I. 30 niemals Statt.

102) S. das zehnte Capitel zu Note 26, 27.

103) Donationis praediorum epistolam ignorante filio mater in aede sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit, et litteras tales ad aedituum misit: instrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo; quum pluribus heredibus intestato diem suum obiisset, intelligi fideicommissum filio relictum respondi; non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.

nach meinem Tode dieses Willensinstrument [104]) meinem Sohne übergeben werde. Bald darauf stirbt die Mutter, und zwar von diesem Sohne und von mehreren Töchtern ab intestato beerbt. Ungeachtet nun der Schenkungsbrief nicht mit den Worten eines Fideikommisses abgefaßt war, so wurde doch wegen dieses Schreibens die Schenkung als Fideikommiß von Papinian aufrecht erhalten, weil dieser Jurist es für gleichgiltig erklärte, gegen Wen sich die Erblasserin ausgesprochen, wenn nur, wie es hier der Fall war, ihr Wille, dem Sohne Etwas zum Voraus zuzuwenden, klar vorlag.

Die schwierigste Frage aber bleibt hier die, ob ein jeder direkte Erbe Subjekt eines Prälegates werden kann; und hierüber sind drei verschiedene Ansichten möglich. Nach der einen soll der Begriff des Prälegatars auf den ex asse heres beschränkt werden [105]); nach der andern soll er umgekehrt auf Theilerben eingeschränkt [106]), und nach der dritten von

104) Nach Justinianeischem Rechte müssen wir die Solennitäten eines Codicills zur Giltigkeit dieses Schreibens hinzudenken.

105) Braun (Thibaut) Erörterungen S. 689: Einige verstanden unter Prälegat nur den Fall, wenn einem heres ex asse noch ein Legat gegeben ist. — Uns sind diese „Einige" unbekannt geblieben.

106) Diese Meinung kann als die herrschende bezeichnet werden. Z. B. *Donellus* Comm. lib. 7 cap. 25: quod uni e pluribus heredibus legatur, ut prae ceteris capiat; lib. 8 cap. 3: cum pluribus heredibus institutis (bloß Wort enthält wegen der Ausführung zu Note 96 ff. eine zu enge Begrenzung) uni ex his quid legabatur. Noch entschiedener äußert sich *Cuiacius* Comm. in lib. XVI quaest. Papin. ad fr. 12 De his quae ut indignis: non relinquitur praelegatum heredi ex asse, sed heredi ex parte scripto (auch hier derselbe unrichtige Zusatz), ut scilicet illud praecipiat imprimis, deinde reliquum dividat cum herede; Codex Maximilianeus Bavaricus civilis Dritter Theil Cap. 6 § 5 (s. die Worte im dritten Capitel Note 43). Claussen S. 168 der Juristischen Zeitschrift Jahrgang 1845: eine wesentliche Bedingung ist eine Mehrheit von Erben.

Theilerben und von Universalerben verstanden werden müssen [107]).

Die erste Meinung (wenn sie wirklich einmal aufgestellt ist) bedarf wohl keiner Widerlegung, da Beispiele, daß Theilerben mit Prälegaten bedacht sind, in den Quellen sich so sehr zahlreich finden. Die Berechtigung der zweiten Meinung ist daher nicht nöthig zu beweisen, sondern nur einzig ihre exclusive Geltung in Rücksicht auf die dritte [108]). Wir wollen die Gründe, welche den **heres ex asse** vom Erwerb des Prälegates ausschließen sollen, zusammenstellen.

Als gänzlich unbeweisend können wir zuerst zwei Behauptungen erwähnen. Erstlich: weil einem **ex asse heres** die **familiae herciscundae actio** zur Geltendmachung des ihm hinterlassenen Prälegates nicht zustehn kann, so muß auch die Bestellung eines Prälegates für den Universalerben ungedenkbar sein, weil ohne die **familiae herciscundae actio** kein Prälegat geltend gemacht werden könne. Mit einer solchen Annahme befindet man sich aber auf dem bereits von den spätern classischen Juristen verlassenen beschränkten Standpunkt der Sabinianer [109]). Sodann die Behauptung, daß ein folge-

107) Braun a. a. O.: Die Römer verstehn unter Prälegat jedes einem heres nebenbei angewiesene Legat. Ebenso *Hoenonius* Disputt. iuridicae Disp. XI § 7; Consilia Tubingensia Vol. I consil. 81 nr. 35, 36; *Nieto* de praelegatis cap. 3; Nettelbladt Lehre von Prälegaten, Einleitung § 1 § 2; *v. d. Pfordten* Diss. § 3 p. 14 ff.

108) Natürlich kann dem ex asse heres von einem Legatar oder einem Fideikommissar ein — ganz gewöhnliches — Fideikommiß hinterlassen werden: Bauriedel Commentar über die Pandekten § 1521. 2 a und b; Hugo Heutiges Römisches Recht, Vierte Ausgabe § 149; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 269.

109) S. das zweite Capitel Note 20, 21, 59, 60. Dem ernannten ex asse heres kann dennoch die genannte Klage, wenn er

Digitized by Google

rechter Schluß aus der Regel **heredi a semet ipso legatum dari non potest**[110]) die gänzliche Ungiltigkeit des einem Universalerben hinterlassenen Vermächtnisses ergeben müsse[111]), wobei die an die Spitze des Titels **de regulis iuris** gestellte Warnung: **non ex regula ius sumatur** übersehn ist.

Nicht viel Werth kann man auch auf folgende Analogie legen. Wenn alle Erben auf **certae res** eingesetzt sind, so soll nach Papinians und Ulpians Erklärung in **fr. 35 § 1 De hered. inst.**[112]) jeder Erbe einen gleichen Theil an der Erbschaft, und außerdem die genannten Sachen (**vice praeceptionis**) zum Voraus haben. Wenn dagegen nur ein einziger Erbe und zwar auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, so wird er als Universalerbe angesehn, aber **detracta rei mentione**[113]). In jenem Falle bei mehreren Erben wird also das vom Testator angeordnete Prälegat aufrecht erhalten; in diesem Falle bei einem einzigen Erben nicht.

Schon von einiger Erheblichkeit ist folgender Grund für die Unvereinbarkeit der Person eines Prälegatars mit der eines Universalerben. In der **Epitome Gaii**[114]) lesen wir, freilich von dem **praeceptionis legatum**: **non nisi uni ex heredibus**

---

die Erbschaft zum Theil restituirt, gegen den Universalfideikommissar zustehn.

110) fr. 116 § 1 De legatis I. 30.

111) *Bach* Diss. de his quae imputantur in quartam fiduciarii § 6 (Opuscula p. 453): si solus est heres, eiusmodi legatum plane non valet, sive dicas praelegatum, sive legatum heredi datum, quia nemo a se capit; Bucher System der Pandekten § 462.

112) Die Worte siehe im ersten Capitel zu Note 54 ff.

113) fr. 1 § 4 De hered. inst. 28, 5; fr. 41 § 8 De vulg. et pup. subst. 28, 6. Vgl. jedoch über die heutige Anwendung dieses Satzes Pfeiffer Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des OAGerichts zu Cassel Bd. 1 S. 37.

114) lib. II tit. 5 § 7.

Digitized by Google

dari potest; und ähnlich drückt sich der westgothische Paulus aus [115]). Allerdings sind dieß freilich nur Zeugnisse für die Praxis vor Justinian im Occidente, zu denen wir aber aus dem Orient die gleichzeitigen Zeugnisse des Theophilus [116]) und eines Glossographen hinzufügen können [117]).

Viel wichtiger wäre der Beweisgrund, daß die Justinianeischen Rechtsquellen nur Beispiele dafür enthalten, daß Theilerben mit Prälegaten bedacht sind [118]). Allerdings ist dagegen eingewendet, daß, wolle man diese Behauptung auch als faktisch richtig einräumen, daraus Nichts gegen die Möglichkeit der Hinterlassung der Prälegate an Universalerben folge. Denn jene Beispiele könnten von den Römischen Juristen nur deshalb gewählt sein, weil sich ihre Darstellung der Prälegate auf die ihnen vorgelegten wirklichen Rechtsfälle beschränkte, und diese, weil es nicht sehr üblich sein mochte, dem ex asse

115) Receptae Sententiae lib. 3 tit. 6 § 1: per praeceptionem uni ex heredibus nummi legati a coheredibus praestabuntur. Allerdings ist diese Angabe mit dem unus ex heredibus ungenau, da z. B. nach fr. 89 § 4 De legatis II. 31 allen einzelnen Erben auch per praeceptionem legirt werden kann; also unter dem unus ex heredibus eben so gut einer als mehrere, wie auch alle von den eingesetzten Erben verstanden werden können. Daß aber unter dem unus ex heredibus grammatisch auch der unicus heres verstanden werden kann, dieser Beweis ist trotz eines großen Aufwandes von Gelehrsamkeit dem Nieto cap. 3 § 5 nicht gelungen. Man vgl. *Drakenborch* ad Livium 30, 15 und 30, 25.

116) zu § 2 I. 2, 20 ὁ μερικὸς κληρονόμος. S. das erste Capitel zu Note 17.

117) τῷ μερικῷ κληρονόμῳ. S. das zweite Capitel Note 55.

118) So ist der entscheidendste Grund dafür, daß keine Immobilie Objekt des Depositum sein kann, dieser, daß kein Beispiel dafür in den Quellen sich findet. Sintenis Civilrecht Bd. 2 § 112 Note 8. Allerdings aber sind alle Argumente e silentio prekärer Natur.

Digitized by Google

heres zu legiren [119]), nur die Existenz mehrerer Erben darboten; übrigens aber auch unter der Voraussetzung mehrerer Erben die Behandlung dieser Fälle verwickelter und dadurch lehrreicher werden mußte [120]). Da aber, wenn unter mehr als hundert Beispielen von Prälegatarien kein einziges von einem **ex asse heres** handelte, dieß schon ein stattlicher Induktionsbeweis dafür sein muß, daß nur Theilerben mit Erfolg prälegirt werden könne, so haben die Gegner nicht unterlassen, einige Beispiele in den Quellen als solche zu bezeichnen, wo der **ex asse heres** als mit einem Legate bedacht gelten sollte. Betrachten wir nun diese angeführten Beispiele genauer!

Pfordten führt zuerst als Beispiele hiefür solche an, wo dem **ex asse heres** ein Legat unter der Bedingung **si heres non erit** hinterlassen ist [121]). Aber daß, sobald diese Bedingung in Erfüllung gegangen, das Prälegat in ein simples Legat umgeschaffen wird, ist schon oben (zu Note 28 ff.) nachgewiesen.

---

119) *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 14.

120) *Nieto* de praelegatis cap. 3 § 9. Man kann mit Clauſſen a. a. O. S. 170 behaupten, daß praktische Folgen an die Frage sich knüpfen könnten, ob man die Grundsätze von Prälegaten auf einen Legatar, der zugleich Universalerbe ist, anwenden soll oder nicht. Z. B. die Erbschaft ist mit Legaten überschwert. Muß hier der Legatar-Universalerbe sich das ganze Legat in die Falcidische Quart einrechnen lassen? Nach der richtigen Ansicht Claussens muß er es. Ferner: Wenn er zwar vor dem Antritt der Erbschaft, aber nach dem Tode des Erblassers stirbt, transmittirt er das unbedingte Legat auf seine Erben auch dann, wenn auf dieselben die Erbschaft nicht übergeht? Diese Frage ist nicht unbedingt mit Claussen zu bejahn.

121) Beispiele hiefür enthalten fr. 104 § 6 De legatis I. 30 und fr. 27 § 15 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; nicht aber die von Pfordten p. 14 nota s angeführten Stellen, welche nur von Theilerben, oder von einem zum Legate berechtigten Substituten handeln.

Ferner führt Pfordten als Beispiel für den mit einem Prälegate bedachten **ex asse heres** das **fr. 16 De auro** [122]) an. Allerdings liegt hier ein Vermächtniß vor, welches einer Universalerbin hinterlassen ist, aber diese Erbin schlägt die ihr deferirte Erbschaft aus; und obwohl ihr der Anspruch auf das Objekt des Vermächtnisses gegen den ihr zugesellten Substituten gesichert bleibt [123]), so erwirbt sie dasselbe doch keineswegs als Prälegataria, sondern sie kann nach ausgeschlagener Erbschaft nur als simple Legataria angesehn werden [124]).

Eben so wenig besteht in dem von Rieto [125]) für seine Ansicht citirten **fr. 48 pr. De iure fisci** [126]) ein Prälegat für

---

122) Die Worte im zwölften Capitel Note 67.

123) Claussen in seiner Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845, S. 170. Dasselbe würde auch der Fall sein, wenn dem Testamente eine Codicillarclausel hinzugefügt gewesen wäre, indem die repudiirende Erbin dann von den Intestaterben ihr Vermächtniß hätte fordern können.

124) Eben dasselbe behauptet mit Recht Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 256 für den Fall, daß der Universalerbe zum Erwerbe der Erbschaft unfähig wird, aber doch noch im Stande bleibt, das ihm ausgesetzte Vermächtniß zu erwerben. Vgl. das siebente Capitel zu Note 19 ff. Ungenau ist die Behauptung Nettelbladt's Prälegate S. 66: Kann oder will der Prälegatar die Erbschaft nicht antreten, und ist er einziger Erbe, so besteht das Prälegat.

125) **Tractatus de praelegatis cap. 3 § 14.** Im § 15 hat Rieto fünferlei Motive zusammengestellt, aus welchen einem **heres unicus** Prälegate hinterlassen werden könnten: 1) damit er Etwas behalte, was nicht durch die zu zahlenden Vermächtnisse verkürzt werde; 2) damit nur das ihm auferlegte Universalfideikommiß verkürzt werde; 3) damit diese **praeceptio** den übrigen Legaten ganz gleichgestellt werde; 4) zur gleichmäßigen Verkürzung des Universalfideikommisses und der Legate; endlich 5) damit aus dem Prälegate der Fiduciar die Legate leiste, und der Fideikommissar davon ganz befreit bleibe.

126) **Statius Florus testamento scripto heredis sui Pompeii tacitae fidei commiserat, ut non capienti fundum et certam pecuniae quantitatem daret; et eo nomine cautionem a Pompeio exigi**

den Universalerben. Denn als unbestreitbarer Inhalt dieser Stelle ergibt sich nur soviel, daß das erste Testament, in welchem das einem gewissen Pompejus zugewiesene Prälegat angeordnet war, durch ein späteres Testament rumpirt wurde, also das angeordnete Prälegat als solches nicht zur Wirksamkeit gelangen konnte; und sehr wahrscheinlich ist es, daß die Aenderung des ersten Testamentes durch das zweite nicht darin bestand, daß Pompejus aus einem Universalerben durch den mitberufenen Faustinus zu einem Theilerben hinabsank, sondern daß Faustinus nur an die Stelle eines oder mehrerer Miterben des Pompejus, welche das zweite Testament nicht mehr nannte, treten sollte. In allen bisher angeführten Beispielen kommt also das Prälegat gar nicht zur Wirksamkeit.

Schwierig möchte es auch Nieto werden, zu beweisen, daß in der Reihe von Stellen — in fr. 125 De legatis I [127]), fr. 1 § 16 [128]), fr. 27 § 14 [129]), fr. 30 § 4 [130]), fr. 63 § 3 [131]), fr. 72 [132]) D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und in fr. 5 § 15 De donat. inter virum [133]) — welche er ebenfalls für seine Ansicht anführt, daß ein ex asse heres ein Prälegat haben

curaverat, ae restituturum ea quae ei per praeceptionem dederat. Postea idem Florus facto secundo testamento, et eodem Pompeio et Faustino heredibus institutis, nullas praeceptiones Pompeio dederat. Vollständig findet sich dieß Fragment im zwanzigsten Capitel zu Note 284 ff. erklärt.

127) heres centum praecipere iussus et restituere hereditatem.

128) heres praecepto fundo rogatus hereditatem restituere.

129) praeceptis quibusdam rebus heres rogatus restituere hereditatem.

130) rogatus hereditatem restituere praecepta aliqua summa aut re.

131) praecepta aliqua summa aut re rogatus heres restituere.

132) heres praecepto fundo rogatus hereditatem restituere.

133) rogatus praecepta quantitate hereditatem restituere.

könne, der mit der Restitution belastete Erbe überall ein Universalerbe sey [134]). Denn darin kommen alle diese Stellen überein, daß ein Erbe gebeten ist, seine Erbschaft zu restituiren, und nur ein einzelnes Objekt aus der Erbschaft zurückzubehalten. Allein wir wollen dieß auch von den meisten Citaten zugestehn; wir wollen sogar einräumen, daß noch in folgenden Stellen, in fr. 3 § 3 De usuris [135]), fr. 69 pr. De legatis II [136]), fr. 1 § 17 [137]), § 21 [138]), fr. 56 [139]), fr. 58

134) Heres nemlich bedeutet eben so gut einen ex asse heres, als einen ex parte (*Dirksen* Manuale v. heres § 1, § 4), und des citirten fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. Worte: cum praecepta aliqua re aut summa rogatus sit heres restituere, et omissa retentione *totam hereditatem* restituerit, welche am meisten dafür zu sprechen scheinen, daß eine ganze Erbschaft das Objekt der Restitution bilde, bezeichnen nur, daß ein Erbe seinen Erbtheil vollständig ohne Abzug der Sache oder Summe, die ihm legirt war, restituirt habe, keineswegs aber nothwendig, daß er ein einziger Erbe gewesen. Denn daß auch hereditas nicht immer die ganze Erbschaft bedeute, sondern nur den Theil der Erbschaft, welchen Derjenige besitzt, um den es sich gerade handelt, beweisen z. B. fr. 21 § 2 De annuis 33, 1 und fr. 86 D. ad legem Falcidiam 35, 2, indem dort hereditas drei Viertel, hier ein Drittel der ganzen Erbschaft bezeichnet.

135) rogatus quidquid ex bonis ad se pervenisset restituere ... eundemque fundum retinere iussisset.

136) Idem dicemus (scil. fideicommissum valere), si, cum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad patrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis. Im Testamente des Bischofs Gregorius (*Spangenberg* Tabulae solemnium negotiorum p. 73 ff.) ist der ex asse heres zugleich Prälegatar, namentlich einziger Prälegatar auf eine Summe von funfzig Dukaten. Er ist aber verpflichtet, seine ganze Erbschaft mit Ausnahme dieser Vermächtnisse an die Kirche zu Nazianz herauszugeben.

137) deductis ducentis rogavit hereditatem restituere.

138) deductis centum rogasset heredem, ut hereditatem Sempronio restituat.

139) certis rebus acceptis hereditatem restituere.

Digitized by Google

§ 3 D. ad SCtum Trebell. [140]), fr. 90 [141]), fr. 93 D. ad legem Falcidiam [142]), die mit der Restitution ihrer Erbschaft gegen einen Abzug von Sachen oder Summen beschwerten Erben **ex asse heredes** sind, so ist doch durch das Zugeständniß eines Prälegates gerade in solchen Fällen keineswegs unsere Behauptung erschüttert, daß kein **ex asse heres** ein Prälegat haben kann. Denn es ist bereits oben (von Note 33...62) gezeigt, wie dieß Verhältniß aufzufassen ist. Das aus dem Prälegate hervorgehende Recht soll erst nach der Restitution der Erbschaft zur Entscheidung kommen. Alsdann hat entweder der Universalerbe die gesammte Erbschaft restituirt, und ist in Beziehung auf die retinirte Sache oder Summe simpler Vermächtnißnehmer, oder er hat nur drei Viertel der Erbschaft restituirt, und ist dadurch Miterbe des Universalfideikommissars geworden, in welchem Falle er zwar Prälegatar, aber nicht auch **ex asse heres** geblieben ist.

An dieß letzte Resultat schließt sich folgender Fall. Ist einem **ex asse heres** ein Prälegat hinterlassen, und demselben sein Erbrecht zum Theil abgestritten, so wird das Prälegat als solches für den nunmehrigen Theilerben aufrecht erhalten [143]).

---

140) acceptis centum hereditatem restituere rogatus.

141) accepta certa pecunia hereditatem restituere.

142) acceptis centum hereditatem restituas.

143) Nachdem der Fall des übergangenen Patrons unpraktisch geworden ist (fr. 40 § 2 De bonis libert. 38, 2; fr. 125 De legatis I. 30), kann dieß sich noch ereignen, wenn die sog. inofficiosi querela ex novo von Notherben, die mit dem eingesetzten Universalerben gleichberechtigt sind, siegreich durchgefochten ist. **Mühlenbruch** in Glücks Commentar Bd. 40 S. 153 ff. Vielleicht mag *Hellfeld* Iurisprudentia forensis § 1521 einen solchen Fall vor Augen gehabt haben, wenn er das einem ex asse heres Prälegirte nur in der Regel für ungiltig hinterlassen erklärt. Wir stimmen daher nicht mit **Roß-**

Zum Schlusse dieser Untersuchung wollen wir noch ein Fragment hervorheben, welches schon seit der Glosse von dem hier in Rede stehenden Fall verstanden ist [144]), aber von denen, welche auch ax asse heredes mit Prälegaten giltig bedacht sein lassen, gewiß mit Bedacht nicht hervorgehoben wird [145]). Wir meinen das **fr. 34 § 11 De legatis I. 30**, dessen Worte: **Si duobus sit legatum, quorum alter heres institutus sit: a semetipso ei legatum inutiliter videtur; ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit** deutlich lehren, daß ein dem Universalerben (und einem simpeln Legatar) ausgesetztes Vermächtniß, im Falle, daß Jener die Erbschaft antritt, für ihn vollkommen unwirksam und allein für den simpeln Vermächtnißnehmer giltig ist.

Als Resultat können wir daher aufstellen, daß allerdings in den Quellen es an Beispielen nicht fehlt, wornach die Testatoren ihren Universalerben Vermächtnisse hinterlassen haben — weshalb wir auch in unsere Definition des Prälegats

---

hirt (Vermächtnisse Bd. 1 S. 256, 257, 269), welcher die Bemerkung macht: auf keinen Fall ist dieses (dem heres ex asse zugedachte Vermächtniß) ein Prälegat; denn insofern es wirksam ist, fällt es nicht dem Erben zu.

144) z. B. von *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 30 § 4; Gans Erbrecht Bd. 2 S. 212.

145) Außer von *Merlin* Repertoire universel et raisonné de iurisprudence. Paris 1827. T. XII p. 666, der fr. 18, fr. 34 § 11, fr. 116 § 1 De legatis I und fr. 89 § 2 De legatis II als Beispiele dafür anführt, daß in ihnen ex asse heredes mit Prälegaten bedacht sind. Das fr. 18 (mit den Worten et quidem totum anfangend) hängt auf das Engste mit fr. 17 § 2 zusammen, welches durch seine Anfangsworte si uni ex heredibus fuerit legatum den Gedanken an einen ex asse heres ausschließt, und im fr. 116 § 1 ist ganz ausdrücklich ein ex parte dimidia heres institutus genannt. Das fr. 89 § 2 enthält aber gar kein Prälegat, da es dem Substituten unter der Bedingung: si heres non erit, hinterlassen ist.

nicht das Wort Theilerbe aufgenommen — daß es aber nicht nur keinen Fall gibt, wo ein Prälegat durch einen Universalerben erworben ist, sondern daß vielmehr einem Solchen der Erwerb auch nur eines Theiles an dem ihm hinterlassenen Prälegate, als solchem, abgesprochen wird [146]).

Fragen wir nach dem Grunde eines solchen Resultates, so tritt uns folgendes auch von den Gegnern nothwendiger Weise anzuerkennendes und oft hervorgehobenes Räsonnement entgegen [147]). Die Objekte des Prälegates können entweder Erbschaftssachen oder andere Objekte sein. Für den ersten Fall ergibt sich die Unmöglichkeit des Prälegates also: da der Universalerbe durch den Antritt der Erbschaft schon voller Eigenthümer aller Erbschaftssachen geworden ist [148]), so kann er durch die Realisirung des Prälegates nicht noch einmal Eigenthümer dieser prälegirten Erbschaftssachen werden [149]). In

146) Nur Nieto cap. 3 § 3 § 4 geht so weit zu behaupten, daß auch, wenn der ex asse heres dieß wird und bleibt, das für ihn bestellte Prälegat gelte, und zwar aus folgendem Grunde: weil bei dem Dasein mehrerer Erben der von einem Jeden sich selbst hinterlassene Theil des Prälegates für ihn gelte (was im nächsten Capitel zu Note 62 ff. als unrichtig nachgewiesen werden wird), so müsse nothwendig auch bei einem einzigen Erben das ganze Prälegat bestehn, weil, was vom Theile gelte, auch vom Ganzen gelten müsse. Als Analogie für seine singuläre Behauptung führt er cap. 3 § 28 die Worte des fr. 6 § 4 De hered. inst. 28, 5 an: servus heres institutus a semetipso libertatem accipit; quae sententia habet rationem.

147) Die Glosse zu fr. 116 § 1 De legatis I; *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis I ad l. 17 et l. 18; *Hertius* Diss. de praelegatis § 10; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 258.

148) fr. 23 pr. De adq. vel amitt. poss. 41, 2.

149) Dominium non potest nisi ex una causa contingere fr. 3 § 4 D. eod.; fr. 14 § 2 De exc. rei iud. 44, 2; fr. 52 pr. D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 159 De R. I. 50, 17; § 10 I. de legatis 2, 20; *Mevius* Decisiones Tribunalis Vismariae. Para I Decisio 9.

dem andern Falle, wo dem Prälegatar nicht eine dingliche, sondern nur eine persönliche Klage gegen die belastete Erbschaft zustehn kann, muß seine Berechtigung als Legatar, und seine Verpflichtung als Erbe durch die Verschmelzung dieser beiden Personen in eine einzige ebenfalls die vollkommene Wirkungslosigkeit des Prälegates herbeiführen [150]). Diese Gründe lassen sich nicht entfernen [151]); man muß sie als entscheidend ansehn, so daß darnach als unvereinbar das Bestehn eines Prälegates in der Hand eines wirklich bleibenden Universalerben sich ergeben muß [152]).

Wir haben bisher uns bemüht, nachzuweisen, daß ein Prälegat ein Vermächtniß ist, bei dem die Form der Hinterlassung als gleichgiltig erscheint, und dessen Erwerber ein direkter und bleibender Theilerbe sein muß; es bleibt noch zu beweisen, daß dieses Vermächtniß die ganze Erbschaft belastet, so daß alle Erben als die dazu Verpflichteten erscheinen.

---

150) fr. 75 De solut. 46, 3; *Iason* Comm. super secundam Infortiali partem ad l. 34 § 11 De legatis I nr. 4...12; *Brunnemanni* Exercitt. Iustinianeae. Exerc. 13 ad tit. 20 lib. 2 Inst. § 26; Claussen in seiner juristischen Zeitschrift Jahrgang 1845 S. 157.

151) *Nieto* cap. 2 § 5 erkennt an, daß bei einem mit einem Prälegate honorirten ex asse heres „actio et passio", d. h. Creditum und Debitum, sodann eine duplex causa lucrativa in der Person des Erben concurriren würde. Allein alle diese Bedenken meint er § 6 ...: § 8 durch die Unterscheidung überwunden zu haben, daß der Erbe nach dem Willen des Testators das Objekt des Prälegates adquirit, und durch einen neuen Willen des Testators retinet; indem er sich auf fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. beruft, wo ein Fiduciar praecepta re die Erbschaft restituiren soll, und mit Unterlassung der retentio die ganze Erbschaft restituirt. Daß dieß reine Wortspielerei ist, liegt klar zu Tage.

152) T. M. Zachariä Institutionen S. 571: es wäre ein Widerspruch, wenn der Erbe sich selbst ein Legat auszahlen sollte.

Der Verpflichtete bei einem Vermächtnisse kann nach Justinianeischem Rechte ein Jeder sein, dem aus der Erbschaft ein Gewinn zugeflossen ist, also ebensogut die Gesammtzahl der Erben mit Einschluß des Prälegatars, als nur einer oder mehrere Miterben des mit dem Legate honorirten Miterben [153]), als auch endlich ein Legatar oder Fideikommissar oder deren mehrere. Wir könnten nach der Maxime: **in verbis simus faciles** es Jedem anheimstellen, beliebig den Begriff des Prälegats zu verengen oder zu erweitern, wenn nur nicht aus diesen verschieden aufgefaßten Begriffen verschiedene praktische Folgen theils mit Recht [154]), theils mit Unrecht abgeleitet würden [155]).

---

153) Mayer das Recht der Anwachsung S. 119: durch Auflagen an Miterben, also in Folge einer obligatio, konnte der Eine oder der Andere der Erben mit Legaten im vollen Sinne des Wortes bedacht werden. Ganz mit Recht wird hier von Mayer die obligatio genannt. Denn ein Vindikationslegat, so wie das ihm nahe stehende per praeceptionem, war unter dieser Voraussetzung unmöglich. Freilich lesen wir von *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis I ad l. 17 Potest etiam uni ex coheredibus *a coherede* legari non tantum per praeceptionem, sed etiam per damnationem, vindicationem, sinendi modo. Aber seine Beweisstellen fr. 104 § 3 De legatis I. 30 und fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3 lehren, daß er die Worte a coherede hingeschrieben hat, ohne sich den Miterben des Berechtigten als den allein Verpflichteten zu diesem Legate vorzustellen, wie dieß noch deutlicher aus seinem Comm. in Codicem ad tit. de legatis 6, 37 hervorleuchtet.

154) z. B. *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad leg. Falcid. Opera ed. *Trotz* p. 587, 588 folgert mit Recht, daß das allein an die Miterben gewiesene Prälegat (weil es nur legati iure besessen wird; Höpfner Commentar § 558 Note 6) gar nicht in die Falcidische Quart eingerechnet werden dürfe. S. unten Note 189.

155) Man vgl. *Hilliger* ad Donellum VIII, 3, Notatum A.; *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 30 § 7; *Hofacker* Institutiones § 205, Principia § 1480; Hartitzsch das Erbrecht § 306.

Für die beschränkte Bedeutung des Prälegates, nach welcher dasselbe nur dann vorhanden sein soll, wenn auch der Prälegatar als onerirter Erbe selbst in Betracht kommt, also die ganze Erbschaft belastet ist, erklären sich zwar viele Juristen [156]); aber eben so groß ist die Zahl derer, welche es als gleichgiltig für den Begriff des Prälegates halten, ob der Prälegatar an einen Erben, oder an mehrere oder an alle gewiesen ist [157]). Unter dieser Zahl sind noch Einige hervorzuheben, welche distinguiren. Maranus, Schweppe und Göschen nehmen eine weite und eine enge Bedeutung von **praelegare** an; im weitern Sinne bedeute es Alles, was einem Theilerben hinterlassen wird, und dieser Gattungsbegriff zerfalle in zwei Species. Jetzt aber trennen sich ihre Ansichten. Maranus und Schweppe nennen den Fall Prälegat

---

156) Wir wollen hier (s. unten Note 172) beispielsweise nennen: *Petrus Grangianus* Paradoxa iuris civilis cap. 49 in *Otto* Thes. T. V p. 639; J. U. von Cramer Anfangsgründe des bürgerl. Rechts II, 24 § 10; Balett Pandektenrecht § 1133: das der Erbe von der Masse vorwegnehmen darf.

157) z. B. *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad leg. Falcid. Opera ed. *Trotz* p. 587, 588. Nur scheinbar dagegen ist dessen Aeußerung ebenda p. 576: Illud sciendum, legatum non nisi ab herede relinqui posse atque ideo heredi ex parte non nisi a coherede, indem er dabei offenbar die Worte Florentins: heredi a semetipso legatum dari non potest, at a coherede potest berücksichtigt hat; *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 tit. 5 defin. 12; Dabelow System des gesammten Civilrechts § 2079, wörtlich übereinstimmend mit seinem Handbuch des gemeinen Privatrechts § 1136; Schweppe Rechtsgeschichte § 499; Geyert Grundzüge der Lehre von den Vermächtnissen § 51; v. Dalwigk Versuch einer Darstellung des Erbrechts Th. 2 S. 124 § 83; *Dirksen* Manuale v. praelegare; Göschen Pandektenvorlesungen § 1009; Christiansen Institutionen S. 728. Tittmann Handbuch für angehende Juristen. Herausgegeben von Pfotenhauer Halle 1846, § 195 S. 198 Note **.

im engern Sinne, wenn nur von den Miterben einem Erben legirt ist, und unterscheiden davon die praeceptio, d. h. den Fall, wenn das Legat e media hereditate genommen werden soll, während Göschen gerade diesen letzten Fall mit dem Namen des Prälegates im engern Sinn bezeichnet. Ziemlich einsam steht die Behauptung des Vallius da, welcher nur den Fall Prälegat nennen will, wenn ein Legatarerbe ausschließlich an seine Miterben gewiesen ist [158]), indem er unter praeceptio im Gegensatze des Prälegates den Fall begreift, wo das Legat aus der ganzen Erbschaft geleistet werden soll. Die Unrichtigkeit dieser Meinung ergibt sich schon aus dem oben [159]) hauptsächlich mit Rücksicht auf fr. 32 De legatis III. 32 geführten Beweise, wornach praelegare auch für per praeceptionem legare gebraucht wird. Ja, Vallius selbst muß wenige Zeilen nach jener aufgestellten Behauptung eingestehn, daß das von ihm praeceptio genannte Legat bisweilen — wie er freilich behauptet: uneigentlich — auch mit dem Namen praelegare bezeichnet werde [160]).

Für den allerweitesten Umfang hinsichtlich der belasteten Subjekte ist Schweppe, wenn er definirt [161]): Prälegat ist Alles, was einem Erben noch außer seinem Erbtheile als Vermächtniß ausgesetzt wird, sey es dem Legatar auf den Erbtheil eines andern Erben oder eines andern Legatars angewiesen, oder sey es von der ganzen Nachlaßmasse vorwegzu-

158) *Gabriel Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. T. I p. 445: praelegavisset, hoc est nominatim a coheredibus reliquisset.

159) Im zweiten Capitel zu Note 96 ff.

160) Er gesteht dieß in Bezug auf die Worte des fr. 86 D. ad legem Falcid. 35, 2 zu.

161) Das Römische Privatrecht § 918.

nehmen [162]). Wenn er nun aber selbst wiederholentlich hervorhebt [163]: das Prälegat, wenn der Erbe dasselbe von einem Legatar empfängt, ist jedem andern Vermächtnisse gleich; und wenn ihm hierin mit Recht der Consens aller Juristen, welche diesen Fall hervorheben, zur Seite steht [164]), so könnte uns nur ein ausdrückliches Quellenzeugniß dazu bewegen, diesen Fall unter den Begriff der von den gewöhnlichen Legaten in vielfacher Hinsicht abweichenden Prälegaten zu subsumiren. Hiefür bietet sich scheinbar das **fr. 17 § 2 De legatis I. 30** dar, wo es heißt: **si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiae herciscundae manifestum est.** Da nemlich das **familiae herciscundae iudicium** das eigenthümliche Rechtsmittel zur Geltendmachung der Prälegate ist [165]), und dasselbe hier dem Theilerben ganz allgemein auf die Verfolgung eines jeden Legates zugesprochen wird, so scheint daraus gefolgert werden zu können, daß diese Klage dem Erben auch gegen den zu seinen Gunsten belasteten Legatar zustehn müsse. Allein dieser Schluß zeigt sich in seiner Richtigkeit, sobald man nur in Erwägung zieht, daß zu der Zeit, als Ulpian diese Worte niederschrieb, noch der Grundsatz galt: **a legatario legari non potest** [166]); und obschon durch Justinians Gleichstellung der Legate mit den Fideikom-

---

162) Auch Clauffen a. a. O. S. 170 sagt: die Römer und der gemeine Sprachgebrauch nennen praelegatum ein einem Miterben zum Voraus gegebenes Vermächtniß, selbst wohl, wenn ein Legatar onerirt wäre; obwohl er zugesteht, daß in diesem Falle die Erbtheilungsklage fehlt.

163) a. a. O. und Römische Rechtsgeschichte § 499.

164) Seuffert Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts § 605: andern Vermächtnissen vollkommen gleich. Braun (Thibaut) Erörterungen S. 690.

165) S. das dreizehnte Capitel Note 28 ff.

166) Gaius II, 271; Ulpiani tituli XXIV, 20.

missen dieser Grundsatz indirekt aufgehoben ist, so würde daraus doch nur folgen, daß ein Erbe ein Fideikommiß von seinen Miterben durch die familiae herciscundae actio einfordern könne; niemals aber darf eingeräumt werden, daß da, wo nicht zwei Universalsuccessoren sich einander gegenüber stehn, also wo der Erbe gegen einen simpeln Vermächtnißnehmer klagt, diese Communionsklage angestellt werden dürfe [167]. Darum hat auch Roßhirt [168]) ganz mit Recht in diesem Falle die Existenz eines Prälegates geleugnet.

Nach unserer Ansicht ist ein Prälegat ein Vermächtniß, mit welchem ein Theilerbe [169]), oder einige [170]) oder alle Erben [171]) honorirt sind, und durch welches die ganze Erbmas-

---

167) Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 3 S. 950.

168) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 252 S. 269.

169) Gewöhnlich aber ohne allen Grund (s. die beiden nächsten Noten) wird dieser Begriff auf einen einzigen Theilerben beschränkt, z. B. von *Alciatus* Parerga lib. 3 cap. 1: non nisi uni ex heredibus; *Donellus* Comm. VIII, 3: cum pluribus heredibus (institutis) uni res aliqua hereditaria (dieser Zusatz ist ebenfalls unrichtig, s. das achte Capitel zu Note 13 ff.) legatur; *I. H. Boehmer* Introductio in ius Digestorum lib. 30 § 13; *Westenberg* Principia iuris lib. 30...32 § 10; *I. F. Gemnich* de legato rei obligatae § 2 p. 9 Regiomonti 1808. 4.

170) fr. 88 § 2 De legatis II. 31: praecipitote; fr. 67 § 1 De legatis I: Si ex pluribus heredibus duobus eadem res legata sit; fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 2 pr. De instructo 33, 7. Claussen Juristische Zeitschrift, Kiel 1845 S. 168: ein praelegatum ist dasjenige Vermächtniß, welches einer oder mehrere Erben vor ihren Miterben zum Voraus erhalten sollen.

171) fr. 7 D. si quis omissa 29, 4: si utrique (heredum) legasset; fr. 34 § 12: Si duo sint heredes et eis fundus legatus; fr. 104 § 5 De legatis I. 30; fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2; fr. 7 De usufr. accresc. 7, 2.

se[172]), also auch der Honorirte selbst als Erbe belastet ist[173]). Gleicher Ansicht sind hierin Puchta[174]) und Vangerow[175]); nur daß die von ihnen gegebenen Definitionen uns deshalb weniger befriedigen, weil sie das belastete Subjekt bloß negativ dahin bestimmen: ein Vermächtniß, das einem von mehreren Erben „ohne Bestimmung des Onerirten“[176]) oder „mit

172) *Meier* Collegium Argentoratense ad Pand. lib. 33 tit. 4 § 1: Praelegatum potest definiri id, quod extra partem hereditariam heredi datur praecipuum de communi pecunia. Pfeiffer beginnt seine Dissertation mit den Worten: praelegatum est heredi relictum ex hereditate praestandum. Deshalb definirt auch Nettelbladt Lehre von den Prälegaten S. 1 richtig: ein aus der ganzen Erbschaftsmasse dem Erben hinterlassenes Vermächtniß. Bauriedel Commentar über die Pandekten § 1521. 1. b. „von der ganzen Erbschaftsmasse abgezogen“. *v. d. Pfordten* Diss. p. 7: Iurisconsulti peculiarem praelegati naturam in hoc positam esse innuunt, quod e media hereditate relinquatur; v. Hartitzsch das Römische Privatrecht S. 453: ein Vermächtniß, welches ein Miterbe außer seiner Erbportion unmittelbar aus der Erbschaft erhält; Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1215: ein Vermächtniß, welches einer der Erben vorweg aus der Erbschaft haben soll.

173) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 255: Prälegat ist ein Legat für den Erben, zu welchem dieser auf seinen Theil als Erbe und Onerirter selbst in Betracht kommt.

174) Cursus der Institutionen Bd. 3 S. 293: wenn einem von mehreren Erben ohne Benennung eines Onerirten vermacht wird. Ebenso in den Pandekten § 526. Claussen in seiner juristischen Zeitschrift Jahrgang 1845 S. 170, 171 sagt: die Wissenschaft könnte ein Legat, womit der Erbe entweder theilweise oder ganz zugleich onerirt und honorirt ist, ein praelegatum nennen, wenn die Abweichung vom gemeinen Sprachgebrauch und von dem der Römer nicht überwiegende Bedenklichkeiten hätte.

175) Leitfaden Bd. 2 § 523 Anm.

176) Aehnlich Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 831: wenn ein unbestimmt auf die Erbmasse zu Gunsten eines der mehreren Erben gelegtes Legat nothwendig jedem Erben pro rata seiner Erbportion zur Last fällt.

keinem speciellen Onerirten" gegeben wird [177]). Denn z. B. im fr. 104 § 3 De legatis I ist mit den Worten: **quisquis mihi heres erit damnas esto, Attio heredi decem dare,** positiv ein Jeder, der nur irgend Erbe sein wird, für verpflichtet zur Leistung des Vermächtnisses erklärt [178]); und auch Puchta und Vangerow können es nicht bestreiten, daß mit diesen Worten ein Prälegat bezeichnet ist, zu welchem natürlich auch der Attius selbst nach Verhältniß seines Erbtheils beizusteuern hat [179]).

Wenn wir nun gleich die von uns aufgestellte Definition als die einzig richtige für die Prälegate erklären, indem nur der Fall, da der Legatar selbst auch als belasteter Erbe in Betracht kommt, die vielen Complicationen [180]) hervorgebracht hat, wornach das Prälegat zu einer eigenen Lehre werden mußte [180a]), so leugnen wir dennoch nicht, daß sich einzelne Fälle in den Quellen finden, wo ein Theilerbe zu einem Legate berufen ist, aber einzig die Miterben desselben als die Belasteten erscheinen [181]). Diese Fälle sind allerdings eben so selten

177) Dagegen erklärt sich schon *Pfeiffer* Diss. § 1 nota *b.*

178) *Dominici Tuschi* Practicarum conclusionum iuris Volumen quintum. Conclusio 67 nr. 20. Francof. 1623.

179) *Chesius* de differentiis iuris II, 85 in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. II p. 636.

180) Sonderbarkeiten nennt sie Claussen a. a. O. S. 168.

180a) So drückt sich Roßhirt aus Vermächtnisse Bd. 1 S. 253.

181) Roßhirt a. a. O. S. 252 tadelt es, wenn Einige sich in einem solchen Falle dahin ausdrücken: die Miterben sind nominatim zur Prästation des praecipui angewiesen. Er hält es für besser, wenn man die Miterben „als Individuen und nicht eigentlich als Erben" zur Leistung für verpflichtet erklärt. Jedoch diese angebliche Verbesserung halten wir für einen verunglückten Versuch; und Roßhirt selbst wendet in der Note dagegen richtig ein, daß diese Individuen zu Nichts verbunden sind, wenn sie nicht Erben werden. Auch

Digitized by Google

als die, daß simple Legatarien an einzelne Erben [182]) zur Realisirung ihrer Vermächtnisse gewiesen sind [183]); und daher kann es nicht Wunder nehmen, daß für diesen Fall des Vorvermächtnisses, so wie für den aus ihm combinirten Fall der sog. Wechsellegate [184]) von den Römischen Juristen keine besondere Theorie ausgebildet ist. Bei der unverkennbaren Aehnlichkeit dieses Falles mit dem, daß ein Theilerbe zur Befriedigung wegen seines Legates an die ganze Erbmasse gewiesen ist, stimmen wir denjenigen Juristen [185]) vollkommen bei, welche von dem bisher behandelten regelmäßigen Prälegate (praelegatum proprium) ein unregelmäßiges oder anomales Prälegat (improprium) unterscheiden [186]). Denn sehr Unrecht ha-

---

ist ihre Verpflichtung keineswegs eine gleiche, was man bei individueller Verbindlichkeit annehmen müßte, sondern die Höhe ihrer Leistung hängt von der Größe ihrer Erbportionen ab.

182) Bei den Formen praecipito oder do lego war die bloße Belastung der Miterben an sich unmöglich; sie konnte nur bei den per damnationem oder sinendi modo hinterlassenen Legaten Statt finden. Schon aus diesem Grunde ist es unmöglich, in der c. 12 C. de legatis 6, 37 oder in dem fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 ein solches anomales Prälegat zu finden. *v. d. Pfordten* Diss. p. 6.

183) An einen einzigen Erben gewiesene Legatarien finden sich in fr. 86 § 1 De legatis I. 30, fr. 29 § 1 § 2 De legatis II. 31, fr. 34 § 3 De legatis III. 32, an mehrere Erben in fr. 54 § 3, fr. 8 § 1 De legatis I. 30, fr. 25 pr. De legatis III. 32.

184) S. über diesen Begriff unten zu Note 252 ff.

185) *Pfeiffer* Diss. § 1. Im Codex Maximilianeus Bavaricus civilis Dritter Theil Cap. 6 § 5 München 1821 S. 326, 327 wird das Prälegat unterschieden, ob es ohne damit Jemanden besonders zu oneriren vermacht ist, oder nicht.

186) *F. G. A. Lobethan* (Systema elementare iurisprudentiae privatae Tom. III § 1517: Ipsi heredi legari potest, dummodo habeat coheredem, quo casu legatum a coherede vel de sua portione praestatur, vel ita ut coheredi suo permittat, tanquam praecipuum ex hereditate capere, quae ultima legandi ratio praelegatum audit) spricht in diesen Worten die gewöhnliche Meinung aus.

den diejenigen Juristen, welche diesen letzten Fall, daß ein Theilerbe mit seiner Legatsforderung nur an die Miterben gewiesen ist, mit Ausnahme des honorirten Subjekts, als vollkommen identisch mit den gewöhnlichen Legaten behandeln [187]).

Zur Widerlegung dieser Behauptung und zugleich zum Beweise der anomalen Natur dieser uneigentlichen Prälegate wollen wir hier nur zwei Unterschiede derselben von den simpeln Legaten (außer dem honorirten Subjekte) und zwei von den eigentlichen Prälegaten aufstellen.

Der eine Unterschied von diesen letztern besteht darin, daß diese anomale Art des Legates stets, auch wenn der Erblegatar die Erbschaft antritt, in allen Theilen iure legati besessen wird, deshalb in seinem ganzen Umfange als Legat eingeklagt werden kann [188]), und daher auch gar nicht in die Falcidische Quart eingerechnet werden darf [189]), so daß durch die Anordnung eines uneigentlichen Prälegats der Erblasser besser für

187) So sagt Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen § 523 Anm.: Wenn einem Erben ein Vermächtniß hinterlassen ist, so ist dieß dann, wenn der Testator bestimmte andere Onerirte ernannt hat, ein ganz gewöhnliches Vermächtniß, welches gar keine Besonderheit darbietet. Dasselbe behaupten auch *Nieto* Tractatus cap. 4 § 6; *v. d. Pfordten* Diss. p. 6, 7, 8; Mackeldey Institutionen § 707 Note f; Hartitzsch das Römische Privatrecht S. 453, 454; Seuffert Pandekten § 605; Wening-Ingenheim Civilrecht Bd. 5 § 70 (Ausg. von Fritz § 456 Note s); Lang Lehrbuch des Justinianeischen Rechts § 397, 2. Ausg.; Arndts in Weiske's Rechtslexikon Bd. 6 S. 288; Puchta Vorlesungen über das heutige Römische Recht Bd. 2 S. 428. Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1214 will nur bei den Wechsellegaten eine Differenz von den gewöhnlichen Legaten (beim Abzuge der Falcidischen Quart) anerkennen.

188) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 269 Nr. 3.

189) *Mevius* Decisionum Summi Tribunalis Regii quod est Vismariae Pars I Decisio 9; *Hertius* Diss. § 14; Christiansen Institutionen S. 728.

den Honorirten sorgt, als durch die Belastung der ganzen Erbschaft [190]). Ein zweiter Unterschied von den eigentlichen Prälegaten besteht darin, daß, während die eben genannten neben der **familiae herciscundae actio** unter Umständen eine Vindikation gegen die Miterben verstatten [191]), bei den uneigentlichen Prälegaten von dieser letzten Klage zu ihrer Realisirung niemals die Rede sein kann [192]).

Ein Unterschied dieser anomalen Prälegate von den simpeln Vermächtnissen besteht darin, daß jenen, nicht diesen, die Bedingung **si heres erit** stillschweigend oder ausdrücklich hinzugefügt werden kann; ein zweiter darin, daß dem uneigentlichen Prälegatar zur Realisirung seines ausschließlich von Miterben ihm zu leistenden Vermächtnisses die **familiae herciscundae actio** zur Seite steht. Dieser letzte von mehreren Juristen [193]) hervorgehobene Unterschied findet seine entschiedene Stütze im **fr. 17 § 2 De legatis I**, wo es heißt: **si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiae herciscundae manifestum est.** Es ist hier ganz allgemein das Legat zu Gunsten eines Erben bezeichnet, ohne nähere Angabe, ob von einzelnen oder von allen Erben hinterlassen. Dasselbe gilt vom **fr. 4 pr. D. fam. herc. 10, 2,**

190) *Stryck* de cautelis testamentorum cap. 20 § 11. S. das dreizehnte Capitel Note 89.

191) fr. 116 § 1 De legatis I. 30; c. 12 C. de legatis 6, 37.

192) S. oben Note 153 u. 182. — Ein dritter Unterschied ist im dreizehnten Capitel zu Note 127 hervorgehoben.

193) Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 289; Mühlenbruch Pandekten § 735; Hartitzsch das Erbrecht § 306 (er behauptet jedoch mit Unrecht, daß ein solcher Erblegatar, wenn er die Erbschaft nicht antrete, stets dieß Legat verlieren müsse); Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 253 Note 1 und gemeines Deutsches Civilrecht Bd. 3 § 693. Claussen in seiner Juristischen Zeitschrift Kiel 1845 S. 169.

wo es heißt: **si nomen uni ex heredibus legatum sit, iudicio familiae herciscundae hoc heres consequitur.** Hiernach wird also, wenn ein Schuldner des Erblassers zum Erben ernannt und seine Schuld einem der Miterben desselben legirt wäre, der Honorirte gegen seinen Miterben auf Realisirung dieser Forderung **in solidum** mit der genannten Theilungsklage auftreten können.

Wir wollen nun für diese wirklich vorkommende Anomalie der Prälegate [194]) alle einzelnen postulirten Beispiele zusammenstellen. Da es aber nicht zu leugnen ist, daß, wenn ein Legat hinterlassen ist, in der Regel die ganze Erbschaft als damit belastet erscheint [195]), so folgt nach richtigen Interpreta-

194) Allerdings kommt für diese Fälle der Ausdruck praelegare in den uns erhaltenen Quellen des Alterthums nicht vor. Aber deshalb leugnen zu wollen, daß man in diesen Fällen von praelegare sprechen könne, scheint eben so zu weit gegangen, als wenn man die Römische Farbe des Ausdrucks status civitatis leugnen wollte, weil derselbe zufällig in den uns erhaltenen Rechtsquellen sich nicht findet.

195) fr. 98 De legatis III. 32; c. un. § 8 C. de caducis tollendis 6, 50. *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad legem Falcidiam Opera p. 586, 587 geht in der Durchführung dieser Regel so weit, daß er sogar in dem unten (Note 251) angeführten fr. 22 D. ad legem Falcidiam die Existenz dieses regelmäßigen Falles zu vertheidigen sucht. *Lyncker* Responsa Vol. II Resp. 31 § 14 § 15 will auch, weil im fr. 34 § 1 De legatis II. 31 der Testator dem Prälegatar aus seiner eigenen Erbportion das Prälegat anweist, und der hierüber befragte Jurist dessen ungeachtet mit dem Prälegate die ganze Erbschaft für belastet erklärt, dasselbe gelten lassen, wenn der Testator das Prälegat ausdrücklich aus des Miterben Erbportion genommen wissen will. Offenbar ist diese irrige Behauptung dadurch entstanden, weil Lyncker übersah, daß, wenn der Jurist im Falle des fr. 34 cit. nicht so interpretirt hätte, das Vermächtniß gar nicht zu Stande gekommen wäre, während in dem von Lyncker angegebenen Falle das Vermächtniß den Worten des Testators gemäß ganz gut als uneigentliches Prälegat bestehn konnte. Auf der andern Seite

tionsregeln, daß solche in den Quellen vorkommende Beispiele von Legaten, die Erben hinterlassen sind ohne ausdrückliche Angabe der Verpflichteten, von solchen Legaten zu verstehn sind, welche die ganze Erbschaft belasteten, wenn nicht andere genügende Gründe zu der Annahme vorhanden sind, daß der Testator den Prälegatar nur an seine Miterben habe anweisen wollen. Die Richtigkeit dieser Annahme geht am Entschiedensten aus **fr. 34 § 1 De legatis II. 31** hervor, wo Modestin die ganze Erbmasse als solche für verpflichtet zur Beisteuer erklärt [196]), trotzdem daß nach den Worten des Testators (*βούλομαι αὐτὴν παρ' ἑαυτῆς λαβεῖν χώριον*) die honorirte Erbin ausdrücklich an sich allein gewiesen ist.

Nach der eben gegebenen Darstellung muß man einiges Mißtrauen gegen die Behauptung Pfeiffers [197]) hegen, wornach dergleichen anomale Legate in einer dreifachen Weise sich in den Quellen finden sollen, einmal im Falle, daß der Testator ausdrücklich gesagt hat, der Erbe solle das Legat **praeter portionem hereditariam** empfangen, sodann wenn der Testator einem Erben befiehlt, aus seinem Vermögen einem andern Miterben Etwas zu geben (wo Jener in **solidum** be-

---

will *Ioannes Ferrarius Montanus* in IIII Institutionum libros Annotationes Lugduni 1554 ad lib. II tit. 20 immer nur a coheredibus das Prälegat geleistet wissen.

196) Vgl. die Glosse zu fr. 116 § 1 De legatis I v. non potest und *Hertius* Diss. de praelegatis § 10. Die Berechtigte soll in diesem Falle des fr. 34 das ganze Landgut in Besitz nehmen dürfen, ohne das Interdictum quod legatorum ihrer Miterben zu fürchten *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 31 ad l. 34 § 1. Es ist dieß Fragment, wie Schulting in den Noten zu demselben hervorhebt, der sprechendste Beweis dafür, daß bereits zur Zeit der classischen Juristen bei Fideikommissen mehr auf die Absicht, als auf die Worte des Testators Rücksicht genommen wurde.

197) Diss. de praelegatis § 2.

langt werden könne), endlich wenn einem Erben ein Fideikommiß hinterlassen ist.

Alle drei Behauptungen lassen sich auch als unhaltbar nachweisen. Die erste stützt Pfeiffer auf folgende drei Stellen: c. 12 C. de legatis, fr. 90 pr. De legatis I und fr. 2 pr. De instructo [198]). In der Codexstelle wird ein Antwortschreiben Papinians citirt, welches für den Fall, daß eine Frau im Testamente geschrieben: praecipito, sumito extra partem hereditatis, dem so bedachten Erblegatar dieß Präceptionslegat unverkürzt ließ, obschon der Berechtigte die Erbschaft ausgeschlagen. Der hier gebrauchte Ausdruck praecipito beweist schon, daß der Erblegatar an die ganze Erbschaft gewiesen war; und die Worte extra partem hereditatis sind hier also gleichbedeutend mit dem im fr. 90 cit. gebrauchten Worte hoc amplius, wo Papinian eben so entscheiden will, wenn nicht der entgegengesetzte Wille des Testators nachgewiesen werden kann. In dem fr. 2 cit. liegt allerdings eine Anomalie vor, wodurch jedoch das hier angeordnete Präceptionslegat („praeceptionem") nicht in die Klasse der hier als uneigentliche Prälegate bezeichneten Vermächtnisse gestellt werden kann. Denn allerdings ist hier das Wesen des eigentlichen Prälegates vorhanden, nemlich Jeder der beiden Legatarien ist

---

198) Die erste Stelle lautet so: Quum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, praeceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaratur, intelligis, desiderio tuo iuxta iuris formam esse consultum. Verba vero responsi haec sunt: filiae mater praedium ita legavit: praecipito, sumito extra partem hereditatis; quum hereditati matris filia renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est. P. P. constitutio (dieser ganz eigenthümliche Zusatz ist wohl überflüssig zu nennen) V Id. Iul. Sabino II et Venusto Conss. Die zweite Stelle findet sich im eilften Capitel Note 51, und die dritte im funfzehnten Capitel Note 30 abgedruckt und ausführlich erklärt.

Digitized by Google

an sich selbst gewiesen, aber auch an seine Miterben nur mit Ausschluß seines Collegatars [199]). Der Fall, daß der Testator einem Erben befiehlt, aus seinem Vermögen einem andern Miterben etwas zu geben, hält Pfeiffer deshalb für ein anomales Prälegat, weil der Erbe in solidum belangt werden kann. Sehn wir auf die Beweisstellen Pfeiffers: fr. 104 § 4 De legatis I [200]) und fr. 44 § 10 De conditionibus et de monstrationibus [201]), so bildet das, was der eine Theilerbe den übrigen zahlen soll, den Inhalt einer Bedingung, um zum Genusse eines Prälegates zu kommen, also gar kein Vermächtniß, sondern eine mortis causa capio im engern Sinne [202]). Endlich will Pfeiffer das einem Theilerben hinterlassene Fideikommiß als anomales Prälegat ansehn, weil ein Fideikommiß nothwendig eine persönliche Richtung auf einen bestimmten Erben haben müsse. Daß dem nicht so sey, werden wir unten genauer nachweisen [203]), und verweisen hier vorläufig auf das schon oben (zu Note 103) erklärte fr. 77 § 26 De legatis II.

Aus den Worten volentibus coheredibus in fr. 67 pr. De legatis I [204]) könnte man zu der Ansicht verleitet werden,

---

199) Keineswegs sind also, wie die Glosse zu fr. 104 § 5 v. heredi meo De legatis I annimmt, alle Fälle durch folgende Angaben erschöpft: aut relinquitur uni heredum ab heredibus, aut e contrario ab uno heredum heredibus, aut heredibus ab heredibus.

200) Si iussus fuisset heres decem dare et fundum sibi habere, deducta sua parte, decem dabit.

201) S. oben Note 3.

202) S. oben im Texte zu Note 2 ff.

203) Im zehnten Capitel zu Note 11 ff.

204) Servus uni ex heredibus legatus, si quid in hereditate malitiose fecisse dicatur, forte rationes interlevisse, non aliter adiudicandus est, quam ex eo volentibus coheredibus quaestio habeatur; idem est, et si extraneo fuerit legatus.

als wenn der in diesem Falle einem der Erben legirte Sklave nur auf Kosten der Miterben zu leisten sey. Allein die Unhaltbarkeit einer solchen Ansicht ergibt sich leicht aus folgender genauern Betrachtung dieser Stelle. Der zur Erbschaft gehörige Sklave, der einem Erben prälegirt ist, soll betrügerisch gehandelt, namentlich Rechnungen verfälscht haben. Gaius erklärt nun, daß, wenn der Erbe ihn mit der **familiae herciscundae actio** in Anspruch nimmt [205]), derselbe nicht eher, wenn die Miterben wollen, ihm zugesprochen werden darf, als bis die Tortur an ihm vollzogen ist. Da nun die Tortur das Leben oder doch wenigstens die Gesundheit des zu Rechnungsgeschäften gewiß sehr brauchbaren Sklaven gefährdete, so erklärt sich zur Genüge, namentlich wenn der Sklav Etwas unterschlagen, das zu seinem Pekulium gehörte, weshalb ein kluger Prälegatar nicht für die Tortur dieses Sklaven gestimmt haben wird, und daß daher Gaius nur die Zustimmung der Miterben des Prälegatars zur Tortur erwähnen konnte.

Ebenso nur scheinbar für den Fall, daß ein Miterbe ausschließlich an seinen Miterben wegen eines Vermächtnisses gewiesen ist, kann **fr. 21 § 5 De annuis 33, 1** angeführt werden. Hier setzt ein Vater seine beiden Söhne, einen volljährigen und einen unmündigen, auf gleiche Theile zu Erben ein, und weist auf den Erbtheil des unmündigen Sohnes nicht bloß bestimmte Güter, sondern auch eine bestimmte Geldsumme an, welche letztere jedoch der andere Bruder erst nach seiner über ihn beendeten Tutel [206]) auszahlen soll [207]). Allein diese

205) Daß diese Klage angestellt war, geht aus der Erwähnung der Adjudication hervor.

206) ***Pothier*** **Pandectae 35, 2 nr. 79.**

207) **in partem eius certa praedia reliquit, et quum quatuordecim annos impleverit, certam pecuniam ei legavit, idque fratris eius fidei commisit.**

Auflage war an den ältern Bruder gar nicht in seiner Eigenschaft als Testamentserbe, sondern als gesetzlicher Vormund gerichtet [208]).

Eben so wenig liegt ein Legat, welches ein Miterbe an den andern zu zahlen hat, noch überhaupt ein Legat, im fr. 87 § 1 D. **ad legem Falcidiam** vor. Hier heißt es: Jemand, der in seinem Vermögen nichts weiter als zwei Güter, jedes einhundert werth, besitzt, setzt mich und den Titius zu Erben ein, und verpflichtet mich, das eine Gut für funfzig an den Titius zu verkaufen, und eben so den Titius, das andere Gut an mich für funfzig zu verkaufen. Man könnte in dem Umstande hier ein Legat finden wollen, daß ein hundert werthes Landgut für funfzig verkauft wird, wie im **Principium** dieses Fragments, wo der Erbe verpflichtet ist, für den halben Werth ein Gut an einen Nichterben zu verkaufen [209]). Aber hier ist das Verhältniß doch ein anderes. Der Verkauf bezieht sich nämlich nur auf die Hälfte jedes Grundstücks, indem jeder Käufer schon die Hälfte des gekauften Grundstücks **hereditario iure** besitzt [210]). Die andere Hälfte erwirbt jeder Erbe **iure emtionis**, wie die Glosse mit Recht sagt, wenn gleich beide Erben bei der Gleichheit der Kaufsumme nicht baar zahlen, sondern compensiren werden. Sie

208) *Schulting* Notae ad Digesta ad h. l. S. unten das zwanzigste Capitel zu Note 236 ff.

209) *I. H. Boehmer* Consult. et Decisiones Tom. III Resp. 591 nr. 15.

210) Julian sagt: non animadverto, quemadmodum lex Falcidia locum habere possit, cum uterque heredum unius fundi partem dimidiam hereditario iure habiturus sit, in qua pars dimidia hereditatis est. Nam certe qui damnatus est fundum Cornelianum vendere, Seiani fundi partem hereditario iure habet; item qui damnatus est, Seianum fundum vendere, partem Corneliani fundi hereditario iure retinet.

besitzen also keinen Theil des Gutes **legati iure**, weil gar kein Legat, also auch kein Prälegat diesem Falle zum Grunde liegt.

Eben so gehört nur scheinbar folgender Fall hierher. Ich habe, so heißt es im **fr. 10 § 1 D. si quis omissa** [211]) den A. und den B. zu Erben eingesetzt, den C. und den D. ihnen substituirt, und dem A. und dem B. auferlegt, an C. und an D. Legate zu zahlen. Alle diese vier Personen, meine nächsten Intestaterben, wollen weder **iure institutionis** noch **iure substitutionis** meinem Testamente gemäß mich beerben, sondern ziehn es gemeinsam vor, mit Hintenansetzung meines Testamentes als gesetzliche Erben von mir aufzutreten. Nachdem dieß geschehn ist, fordern C. und D. von A. und B. die zu ihren Gunsten von mir angeordneten Legate; jedoch Ulpian weist sie unter Berufung auf ein kaiserliches Reskript ebenso aus Gründen der Billigkeit als aus Rechtsgründen zurück [211a]), so daß von einem zu Rechte beständigen Legate in diesem Falle gar nicht die Rede ist [212]).

In Betreff des **fr. 96 De legatis III** [213]), wo ein Mit-

---

211) Quum substitutis ab institutis legata fuissent relicta, et tam instituti quam substituti, omissa causa testamenti possideant ab intestato hereditatem, Divus Pius rescripsit, neque improbe neque imprudenter institutos legata recusare substitutis data; recte enim recusant, in se dari legatorum fideive commissorum petitionem substituto, cui liberum fuit adeunti hereditatem, non fideicommissum petere, sed universa bona obtinere.

211a) *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 tit. 4 defin. 7.

212) Wäre der Fall so gestaltet, daß die beiden Intestaterben ihre Legatsforderung hätten durchsetzen können, so wäre hier allerdings ein Fall, daß beide Erben gar nicht an sich, sondern ausschließlich an ihre beiden Miterben zur Befriedigung ihrer Legatsforderung gewiesen wären.

213) Gaius libro II Fideicommissorum. Si Titius ex parte heres rogatus sit Maevio hereditatem restituere et rursus Titio co-

erbe gebeten ist, seinen Erbtheil ganz oder theilweise seinem Miterben Titius zu restituiren, bemerkt schon Cujacius[214]), daß von einem Prälegate hier nicht die Rede sey, weil der Titius von diesem Universalfideikommisse Nichts unmittelbar aus der Erbschaft, also Nichts **hereditario iure**, sondern Alles nur **fideicommissi titulo** besaß. Wir sagen: besaß. Denn das von Cujacius Bemerkte gilt allerdings für die Zeit des Gaius, des Verfassers dieser Stelle, nicht aber für die Zeit Justinians, wo die Restitution einer Erbschaftsquote gar nicht mehr als Singularvermächtniß, sondern nur als Fideikommißerbschaft gelten konnte, und daher einen universellen Titel begründete[215]). Das von diesem Fragmente Bemerkte muß gleichmäßig von **fr. 21 § 2 De annuis 33, 1** und von **fr. 14 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2** gelten, in welchen Stellen ebenfalls ein Theilerbe gebeten ist, seinen Theil der Erbschaft an einen Miterben herauszugeben.

Dagegen meint Cujacius[216]), der Fall im **fr. 17 § 2 De legatis I**[217]) sey ein solcher, wo einem Erben **a coherede** legirt wird; jedoch die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich aus den Worten des unmittelbar damit durch die Compilatoren Justinians verbundenen **fr. 18**, welches mit seinen Wor-

heres eius rogatus sit partem suam aut partis partem restituere: an hanc quoque partem, quam a coherede ex fideicommisso recipit, Titius restituere Maevio debeat, Divus Antoninus consultus rescripsit, non debere restituere; quia hereditatis appellatione neque legata neque fideicommissa continentur.

214) **Comm. in Codicem 6, 42.** Ebenso *de Barry* **Opus de successionibus Vol. I lib. 8 tit. 12 nr. 7.**

215) Vgl. das achte Capitel zu Note 54 ff.

216) **Comm. in tit. de legatis I ad l. 17 et l. 18.**

217) **Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiae herciscundae manifestum est; sed etsi abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat.**

ten: **et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset** augenfällig zeigt, daß in dem vorliegenden Falle der Prälegatar selbst zur Leistung eines Theiles dieses Prälegates verpflichtet war, also nicht bloß die Miterben des honorirten Erben, sondern alle Erben ohne Ausnahme.

Ebenso irrt von der Pfordten [218]), welcher in folgenden zwei Fragmenten eine bloße Anweisung des Legatarerben an seine Miterben finden will; zuerst im **fr. 34 § 1 De usufructu legato 33, 2**, wo nach unserm Dafürhalten ein wahres Prälegat, und keineswegs die ausschließliche Belastung der übrigen Miterben vorhanden ist. Denn der Gewissenhaftigkeit aller seiner Erben hatte der Erblasser die Erfüllung dieses Vermächtnisses anheim gestellt: **omnem voluntatem meam fidei heredum meorum committo** [219]). Der andere Fall soll im **fr. 32 § 1 D. eod.** [220]) enthalten sein. Es setzt eine Frau

218) Diss. de praelegatis p. 6 nota *l*.

219) Der genauere Inhalt dieser Stelle ist im funfzehnten Capitel zu Note 51 ff. ausführlich angegeben.

220) Scaevola libro XV Digestorum. Filios ex Sejo, et filiam ex alio marito heredes instituit aequis portionibus, et matri ita legaverat: Aeliae Dorcadi, matri meae, dari volo, quoad vivat, usumfructum bonorum meorum, ita ut post obitum ejus ad liberos meos, aut ad eum, qui ex his vivet, pertineat; filii post aditam hereditatem decesserant; quaesitum est, mortua matre, superstite filia testatricis, ususfructus utrum ad solam filiam, an vero pro portione hereditatis pertineret. Respondit, ad eos redire, apud quos proprietas esset. Claudius (d. h. Tryphoninus, nicht Saturninus. *Westenberg* Diss. de iurisprudentia Scaevolae. Lugd. Bat. 1734 p. 45): non (die meisten Handschriften, auch die Florentina, haben vor non keine Interpunktion, wodurch die Glosse zu der falschen Ansicht über die Meinung des Claudius geführt ist, als wenn die überlebende Tochter allein den ganzen Niesbrauch haben soll. Schon Baudoza hat die richtige Interpunktion, wie sie später *Averanius* Interprett. lib. 5 cap. 12 § 1 gründlich als die richtige nach-

ihre zwei Söhne, die sie vom Sejus hat, und ihre einzige Tochter von ihrem zuletzt verstorbenen Gatten zu gleichen Theilen [221]) zu Erben ein und hinterläßt ihrer Mutter den lebenslänglichen Niesbrauch an ihrem ganzen Vermögen; sie setzt jedoch hinzu: wenn meine Mutter gestorben sein wird, so soll dieser Niesbrauch an alle meine oder doch an meine überlebenden Kinder (aut ad eum qui ex his vivet), die von mir eingesetzten Erben, fallen. Ehe wir uns zur Entscheidung der Hauptfrage wenden, ob hier ein Prälegat vorliege, müssen wir die Vorfrage beantworten: welcher Zeitpunkt ist hier unter

---

gewiesen. Anton Fabers Coniecturae I, 11 unhaltbare Ansicht statt non zu lesen nam widerlegt *Gordonius* Praetermissa iuris civilis cap. 6 in *Otto* Thes. T. II p. 847) credidit usumfructum in vicem (*Cuiacius* Obss. 23, 8 wollte in einem Worte invicem lesen, und dasselbe mit dem bald darauf folgenden inter ipsos datum verbinden, eine Conjektur, die sich mit Recht keiner allgemeinen Billigung erfreut hat. Denn in vicem mit dem Genitiv, z. B. Suetonius in Claudio cap. 7 praesedit in Caii vicem, bezeichnet: in Stelle des. *Handii* Tursellinus Tom. III p. 451. *Averanius* a. a. O. will invicem mit tanquam, quemadmodum, quasi, instar, sicut erklären, hat sich aber gewiß die Consequenzen, welche aus dieser Erklärung gezogen werden müssen, nicht klar gemacht. Hieraus würde nemlich gleichmäßig gegen unsere als gegen seine Ansicht folgen, daß Scävola angenommen hätte, den Kindern wäre der Niesbrauch nicht unter demselben Titel als ihre Erbportion gegeben, und doch ist Averanius a. a. O. § 11 der richtigen Meinung, daß den erbenden Kindern auch dieser Niesbrauch hereditario iure zufalle) portionum hereditariarum post mortem aviae inter ipsos datum, eo magis, quod aequis partibus heredes erant scripti.

221) *Fernandez de Retes* Opuscula lib. IV ad h. l. in *Meermann* Thes. Tom. VI p. 210 sagt: Notate valde, filios et filiam aequis portionibus heredes instituisse; nam in hac aequalitate portionum omnis cardo nostrae disputationis vertitur. Die Glosse nimmt unrichtig an, die Söhne hätten zusammen die eine Hälfte, die Töchter die andere Hälfte erhalten, was schon *Hunnius* ad Treutlerum Vol. II Disp. XIII Thes. IV Lit. G. p. 77 mit den Worten pro trientibus verwirft.

dem Ueberleben gemeint? Man möchte für den ersten Augenblick der Ansicht huldigen, als wäre hierbei der Moment: wenn die Mutter der Testatrir stirbt, zu suppliren. Jedoch spricht gegen diese aus grammatischen Gründen sehr gut zu vertheidigende Annahme Folgendes. Die Testatrir hatte gewiß ihre Kinder gleich geliebt. Dieß geht augenscheinlich daraus hervor, daß sie dieselben alle auf gleiche Quoten zu Erben eingesetzt hat. Sollte sie nun nicht auch wünschen, daß den zur Zeit des großmütterlichen Todes lebenden Erben ihrer gleichgeliebten Kinder ebenfalls gleichviel von ihrem Vermögen zufalle? Diese ganz natürliche Annahme würde aber hintenangesetzt werden müssen, wenn bei den Worten: qui ex his vivet der Zeitpunkt des Todes der Großmutter supplirt würde. Daher erscheint uns die psychologische Interpretation richtiger, wornach diese Worte: ut (ususfructus) post obitum eius ad liberos meos, aut ad eum, qui ex his vivet [222]), pertineat — auf die Todeszeit der Testatrir zu beziehn sind [223]). Der sicherste Beweis für die Richtigkeit dieser Erklärung liegt darin, daß sie mit Scävolas Entscheidung durchaus harmonirt, der hier, wie wir sogleich sehn werden, gar kein Legat anzunehmen scheint, weder in dem Falle, wenn ein Kind, noch wenn alle Kinder die Nutznießerin überleben. Die Hauptfrage ist aber nun die: was ist mit den eben angeführten Worten von der Erblasserin gemeint? Sollen die hier zum Niesbrauch berufenen Kinder den Niesbrauch iure legati erhalten, gleichsam als Substituten ihrer Großmutter [224]), so daß für sie ein zweites Vermächtniß des Niesbrauchs, also für die erbenden

222) *Retes* a. a. O. p. 210 sagt: bei diesen Worten ist nicht post obitum eius, sondern post obitum meum zu suppliren.

223) *Cuiacius* Obss. 23, 8.

224) Was Anton Faber annimmt.

Kinder ein Prälegat angeordnet ist [225])? Oder ist in den vorstehenden Worten der Testatrix nichts weiter als die Consolidation des Niesbrauchs in der Hand der Proprietarien gemeint? Gegen die erste Ansicht spricht deutlich die Relation des Claudius, indem er sagt: **non credidit (Scaevola) ipsum usumfructum in vicem portionum hereditariarum post mortem aviae inter ipsos datum**, d. h. Scävola war keineswegs der Meinung, daß der formale Niesbrauch (**ipse ususfructus**) an den Erbportionen den Kindern hinterlassen sey, sondern die Testatrix habe in ihrer Rechtsunkunde gemeint, es verstünde sich nicht von selbst, sondern es bedürfe noch einer ausdrücklichen Erklärung darüber, daß nach dem Tode der Großmutter der Niesbrauch an die Proprietarien falle. Sodann spricht gegen die Annahme eines Prälegates, daß man ohne hinlänglichen Grund niemals vermuthen darf, die Testatrix habe eine von dem **ius commune** abweichende Bestimmung treffen wollen [226]). Darum geht auch die Meinung der bedeutendsten Juristen dahin, daß in den obigen Worten des Testamentes **ita ut post obitum eius ad liberos meos aut ad eum qui ex his vivet pertineat** gar kein Vermächtniß zu Gunsten der erbenden Kinder anzunehmen sey [227]), sondern daß diese Worte einen ganz überflüssigen Zusatz der redseligen Testatrix bilden. Waren also bei dem Tode der Nutznießerin noch alle Kinder am Leben, so verstand es sich von selbst, daß

225) Wofür sich von der Pfordten erklärt.

226) So *Henricus a Suerin* Repetitae lectiones iuris cap. 22 in *Otto* Thes. T. IV p. 39.

227) *Detlev Langebek* Annotationes cap. 18 in *Otto* Thes. T. I p. 559; *Cuiacius* Comm. in tit. de usu et usufr. leg. 33, 2 ad l. 34 § 1; *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. XIII Thes. IV Lit. G.; *Pothier* Pandectae lib. 30...32 nr. 151; *I. L. Conradi* de vita et scriptis Scaevolae p. 23; Glück Pandekten Bd. 9 S. 386.

der Niesbrauch bei diesen auf gleiche Theile eingesetzten Erben auch gleichmäßig consolidirte, wenn sie nicht etwa in der Zwischenzeit die Proprietät einzelner Erbschaftssachen veräußert hatten [228]). Sowie nun eine solche Veräußerung die Testatrix gewiß sich nicht vorgestellt [229]), ebensowenig hatte sie daran gedacht, daß das eine oder das andere ihrer Kinder die Erbschaft ausschlagen und nach dem Tode der Großmutter dennoch auf den Niesbrauch an einer Erbportion Anspruch machen könnte [230]). Dieß durfte sie um so weniger annehmen, als sie ja ihre Kinder auf gleiche Theile zu Erben eingesetzt hatte, wie Claudius am Schlusse der Stelle zur Motivirung der Entscheidung Scävolas hervorhebt. Ausdrücklich erklärt er, daß diese von ihm nicht bestrittene [231]), also gewiß begründete Entscheidung Scävolas über die Auslegung dieser Worte der Testatrix, daß nach dem Tode der Nutznießerin eine Consolidation des Niesbrauchs zu Gunsten derjenigen Personen eintreten solle, welchen die Proprietät gehörte, gänzlich unvereinbar sey mit einer solchen, nach welcher der Niesbrauch an diejenigen Kinder fallen sollte, welche beim Tode ihrer Großmutter im Besitze der Erbportionen wären, und zwar nach der Größe derselben. Noch weniger findet sich irgend ein haltbarer Grund für die singuläre Meinung Pfordtens, daß hier ein solcher Fall vorliege, in welchem ausdrücklich einzelne Erben, als mit einem Präfideikommisse belastet, aufgeführt sind. Denn für eine solche individuelle Belastung sprechen

228) So *Conradi* a. a. O.

229) *Cuiacius* Obss. 10, 39.

230) *Averanius* Interprett. V, 12 § 3.

231) Daß Claudius Tryphoninus seiner Gewohnheit, die Antworten Scävolas zu billigen, auch in dieser Stelle treu geblieben ist, weist gegen die Einwürfe älterer Juristen sehr gut Averanius a. a. O. § 1 nach.

ebensowenig die Worte der Erblasserin, als ihr Wille überhaupt für ein dem Erben hinterlassenes Vermächtniß [232]).

Ebensowenig ist endlich ein Prälegat [233]) in folgendem Falle vorhanden [234]). Wenn der Erbe ein Legat an einen Fremden leisten soll, dieser Fremde aber von dem Testator gebeten ist, den legirten Gegenstand an den leistenden Erben nach einiger Zeit zu restituiren, so wird dieß Objekt von dem Erben, der es zurückempfangen, gar nicht **hereditario**, sondern nur **fideicommissi titulo** besessen. Denn das Objekt ist dem Erben nicht bleibend aus der Erbschaft zugefallen, sondern aus dem Vermögen des Fremden [235]), weshalb auch der Jurist sagt, der Erbe könne das zu leistende Objekt nur zum Nachtheil der Legatarien als ein zu leistendes Legat bei der Berechnung der Falcidischen Quart in Anschlag bringen; es dürfe aber nicht als seinen Erbtheil vergrößernd in Betracht kommen [236]).

Der richtigen Ansicht nach gehören zu den wahren, nicht zu den anomalen Prälegaten folgende mögliche Fälle. Der Testator kann die Collation in Betreff einzelner Gegenstände

---

232) Den Versuch der Glosse, im fr. 21 § 1 D. ad leg. Falcid. 35, 2 ein solches Vermächtniß zu finden, in welchen ein Erbe nur an den andern gewiesen ist, weist schon Hugolinus ebendaselbst durch Berufung auf fr. 20 eod. zurück. Vergl. v. Buchholtz in Sell Jahrbüchern Bd. 3 S. 258.

233) Wenn wir auch von der fideikommissarischen Form absehn.

234) Er wird von Paulus im fr. 29 D. ad legem Falcidiam 35, 2 mitgetheilt: Si a me tibi fideicommissum vel legatum est, tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere, non puto hoc imputandum esse in Falcidiam; quia incipio postea quasi fideicommissarius id recipere.

235) Der Erbe hatte kein dingliches, sondern nur ein persönliches Recht auf die Restitution der Sache.

236) *Goveanus* Comm. in l. 29 D. ad legem Falcidiam.

ausschließen [237]). Geschieht dieß in Form eines Vermächtnisses, so muß es zu Gunsten des Erben, für den es geschieht, als Prälegat gelten [238]). Denn da man den Collationspflichtigen als einen Erbschaftsschuldner ansehn kann, wenigstens als einen bedingten Schuldner für den Fall, daß er die Erbschaft antritt, so ist eine **liberatio praelegata** in diesem Falle vorhanden [239]). Ebenso ist es ein Prälegat zu Gunsten der übrigen Erben, wenn der Testator die Einwerfung einer nach den Gesetzen nicht der Collation unterworfenen Sache einem seiner Erben befiehlt [240]). Denn da die übrigen Erben keineswegs direkt an diesen belasteten Erben gewiesen sind, sondern dieser Verpflichtete **in commune** conferiren soll, und von da die Berechtigten diesen Gewinn nehmen, so ist auch in solchem Falle ein wahres Prälegat vorhanden.

Doppelsinnig ist der Rechtssatz, mit welchem Papinian im fr. 15 De his quae ut indignis [241]) die Entscheidung eines ihm vorgelegten Rechtsfalles einleitet. Hier heißt es: einem Erben, der mit seiner Behauptung, daß Codicille untergescho-

237) Indirekt fr. 39 § 1 D. fam. herc. 10, 2, oder ausdrücklich Novelle 18 cap. 6. Mayer Erbrecht Th. 1 § 128 Note 1.

238) *I. H. Boehmer* Consult. et Decis. Tom. III Pars III Resp. 591 nr. 15; Francke Civilistische Abhandlungen S. 247 Note 84.

239) Daher ist die Bemerkung von Fein das Recht der Collation S. 405 Note 24, daß diese Anordnung sich nur in der Form des Damnations-, nicht des Vindikations-Legates äußern konnte, ganz richtig.

240) arg. fr. 50 D. fam. herc. 10, 2; c. 11 C. de negot. gest. 2, 19. Auch diese Anordnungen erfordern, um als Vermächtnisse zu gelten, die Förmlichkeiten eines Codicilles. Schweppe das Römische Privatrecht § 944. Vgl. jedoch Fein a. a. O. S. 405.

241) Heredi, qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hereditas non aufertur; si tamen aliquid a coherede codicillis acceperit, eius actio denegabitur.

ben sind, abgewiesen ist, wird zwar die Erbschaft nicht entzogen, wohl aber **si quid a coherede codicillis acceperit.** Dieß kann eben so gut bedeuten: er verliert das ihm im Codicille hinterlassene Vermächtniß, insoweit es ihm von seinem Miterben hinterlassen ist, als: er verliert das ihm im Codicille von seinem Miterben hinterlassene Vermächtniß; und da die Regel für die Belastung aller Erben spricht, so ist die erste Auslegung die wahrscheinlichere.

Wenn man in der **c. 17 C. ad legem Falcidiam** der gewöhnlichen Leseart: **a coheredibus relicta legata etc.** 242) folgt, so muß man annehmen, daß hier der Legatarerbe nur an seine Miterben gewiesen ist. Folgt man dagegen der Leseart Haloanders, welche sich auch schon in der Glosse findet, so ist von einem gewöhnlichen Prälegate die Rede. Jedoch möchte die erste Lesart vorzuziehn sein, weil sowohl die **Summa Perusina** als die Basiliken mit der Präposition dieß Reskript beginnen.

Ein entschieden richtiges Beispiel dafür, daß ein Theilerbe wegen eines Fideikommisses nur an seine Miterben gewiesen ist, enthält **fr. 39 § 2 De legatis III** 243). Der Fall ist dieser. Eine Erbschaft ist unter zwei Schwestern getheilt; die eine erhält ein Gut prälegirt und wird zuerst gebeten, ihrer Miterbin zwanzig zu zahlen, später statt dieser Summe die Hälfte des prälegirten Gutes derselben Schwester zu restituiren. Dem sichtbaren Erfolge nach ist es nun so, als wenn gar nicht prälegirt wäre 244), indem jede Erbin die Hälfte von

242) **A coheredibus relicta legata, quatenus modus legis Falcidiae praestitutus patitur, posse peti, certissimi iuris est.** Das erste Wort des Reskripts fehlt bei Haloander. Unsere Leseart befolgt auch *Donellus* **Commentarii absolutissimi Codicis**, sowie die Deutsche Uebersetzung des **Corpus iuris civilis.**

243) Die Worte im zwanzigsten Capitel Note 289.

244) Allerdings wird in diesem Falle wohl jede Schwester eine

jenem Gute hat; aber da die zweite Schwester nur einem an ihre Miterbin gerichteten Specialfideikommisse die Restitution der Hälfte des Gutes verdankt, so hat sie die Hälfte an jenem Gute nun gar nicht **hereditario iure**, sondern einzig und allein **speciali titulo**, als Singularfideikommiß.

Ein zweites sicheres Beispiel solcher anomaler Prälegate ist das von Scävola im **fr. 21 § 2 De annuis**[245]) mitgetheilte. Jemand setzt seinen Sohn erster Ehe auf drei Viertel, seine zweite Frau auf ein Viertel zu Erben ein; ferner bittet er den Sohn, seinen Erbtheil der Stiefmutter herauszugeben, und dieser wiederum trägt er auf, dem Sohne monatlich zehn Dukaten bis zu seiner erreichten Volljährigkeit zu zahlen und

---

Hälfte des Gutes in Besitz nehmen und darin bleiben; aber der Strenge nach könnte der eigentliche Hergang folgender sein. Die erste Schwester fordert mit der familiae herciscundae actio das ganze Gut aus der Erbschaft; dieser Forderung kann die zweite Schwester entweder die doli exceptio in Bezug auf die ihr zu restituirende Hälfte entgegensetzen oder sie kann jener Klage nachgeben, und nachdem die Schwester so dieses Gut hereditario und legati iure hat, mit einer fideicommissi petitio auftreten, wornach die erste Schwester immer nur fideicommissi titulo der andern ihre Hälfte pro diviso oder pro indiviso überweist.

245) Filium ex dodrante, uxorem ex quadrante instituit heredes, et filii fidei commisit, ut novercae restitueret hereditatem; ab ea autem petit, ut infirmitatem filii commendatam haberet, eique menstruos aureos denos praestaret, donec ad vicesimum quintum annum aetatis pervenerit; cum autem implesset eam aetatem, partem dimidiam hereditatis ei restitueret. Filius deducta dodrantis parte quarta, ex qua institutus erat, novercae hereditatem restituit; et postea implevit vicesimum quintum annum aetatis. Quaesitum est, cum noverca universae hereditatis haberet dodrantem, semunciam et sicilicum, an eius partem dimidiam privigno suo restitueret? Respondi, secundum ea quae proponerentur, tantum restituendum, quantum cum eo, quod Falcidiae nomine filius deduxisset, semissem faceret.

alsdann ihm die Hälfte der Erbschaft zu restituiren. Giphanius [246]) zählt diesen Fall zu den Prälegaten; und allerdings ist hier ein Vorvermächtniß in Form eines Fideikommisses vorhanden. Der dazu Berechtigte ist Erbe auf drei Sechszehntheil [247]) der Erbschaft geblieben, da er die Quart für sich abgezogen; als Belastete erscheint nur die fideikommissarisch verpflichtete Miterbin, so daß für diesen Fall der schon von Roßhirt gebrauchte Ausdruck Präfideikommiß als höchst passend und bezeichnend erscheint.

Ganz dasselbe muß von dem fr. 34 § 3 De legatis III [248]) gelten, welches Pfeiffer [249]) als einen Fall des anomalen Prälegates anführt. Bruder und Schwester sind zu Erben eingesetzt, auch mit Prälegaten bedacht im gewöhnlichen Sinne. Nachher aber ist der Bruder gebeten, alle (Legate und) Erbschaftsschulden allein zu bezahlen. Durch diese letzte Bitte ist die Schwester berechtigt, von ihrem Bruder zu verlangen, daß er sie von allen Verbindlichkeiten gegen die Erbschaftsgläubiger befreie [250]).

Am deutlichsten und unverkennbarsten ist der Fall, daß

---

246) Explanatio difficiliorum legum ad c. 24 C. fam. herc. p. 102.

247) Soviel betragen zwei und ein Viertel Uncien.

248) Die Worte im achten Capitel Note 51.

249) Diss. de praelegatis § 1 nota *b*.

250) Vgl. fr. 69 § 2 De legatis I. 30. *v. d. Pfordten* Diss. p. 6 leugnet auch nach diesem fr. 34 § 3 De legatis III ganz mit Recht die Behauptung Pfeiffers, daß in den Quellen von diesen anomalen Prälegaten der Ausdruck praelegare gebraucht wird; denn das im Anfange der Stelle gebrauchte Wort: pater cum singulis praedia praelegasset, wodurch sich Claussen S. 169 hat verleiten lassen, Pfeiffer Recht zu geben, enthält ein gewöhnliches, aber von dem später errichteten uneigentlichen ganz verschiedenes Prälegat. Die Polemik von Claussen a. a. O. gegen v. d. Pfordten über die Anordnung dieses Vermächtnisses beruht auf einem Mißverständnisse.

ein Erbe mit seiner Vermächtnißforderung nur an seine Miterben gewiesen ist, im fr. 22 pr. D. ad legem Falcidiam [251]) ausgeprägt. Eine Mutter, so heißt es hier, hat ihre drei Töchter zu gleichen Theilen zur Erbschaft berufen, und jeder Einzelnen Legate an die beiden Andern zu leisten auferlegt. Dieß Beispiel konnte deshalb unmöglich übersehn werden, weil es hier von der Testatrix heißt: a singulis (scil. heredibus) legata invicem dedit, also hier ganz deutlich jede Erblegataria nur an eine von ihren Miterbinnen zur vollständigen Befriedigung gewiesen ist. Die in diesem angegebenen Falle wechselseitig hinterlassenen Legate sind von einigen Neuern mit dem Namen Wechsellegate belegt [252]) und also definirt: Vermächtnisse, welche mehreren oder allen Erben in der Weise hinterlassen sind, daß jeder damit honorirte Erbe nur an einen oder mehrere seiner Miterben gewiesen ist, wenn nur diese auch wiederum an jene gewiesen sind, ohne daß einer dieser Vermächtnißnehmer zugleich an sich selbst oder an die Erbmasse als solche gewiesen ist. Andere Stellen, in denen noch Wechsellegate vorkommen [253]), gibt es nicht, obwohl Burchar-

251) Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit. Die ganze Stelle ist im 17ten Capitel Note 47[a] abgedruckt.

252) Seuffert Lehrbuch der Pandekten § 622 Note 11; Thibaut Pandekten. Neunte Ausgabe § 937; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 572, 573; von der Pfordten Abhandlungen S. 106. Vgl. über sie v. Buchholtz in Sell Jahrbüchern Bd. 3 Nr. 7. — Bei *Baldus* super I, II, III Codicis ad l. 24 C. fam. herc. heißen diese Legate reciproca legata, bei *Ferrettus* Commentarii in Rubricam tit. 2 lib. 35 Dig. ad legem Falcidiam nr. 21 nr. 25 mutua legata (Opera p. 469 f.).

253) Nach Thibauts und Seufferts Behauptung sind auch im fr. 94 D. ad leg. Falcid. Wechsellegate vorhanden; aber Inhalt und Wortlaut sind durchaus gegen diese Annahme. Es heißt nemlich: filio et filia scriptis heredibus, singulis certa praelegavit, statt

Digitized by Google

bi[254]) solche Wechsellegate noch in fr. 78 pr. **De heredibus instituendis 28, 5**, in fr. 58 § 3 D. **ad SCtum Trebellianum 36, 1** und in c. 24 C. **familiae herciscundae 3, 36** finden will. Betrachten wir die erste der drei Stellen[255]), so liegt hier ein Fall vor, wo nur zwei Erben eingesetzt sind, der Eine auf das vom Vater, der Andere auf das von der Mutter herrührende Vermögen des Erblassers. Beide Hälfterben sind als Erben **ex re certa** zu betrachten und haben nach Ulpians Angabe im fr. 35 § 1 **De her. inst. 28, 5** diese Gegenstände **vice praeceptionis**. Nun aber sagt derselbe Ulpian von der **praeceptio**, daß der Erbe sie **pro parte iure legati pro parte quasi heres habet**[256]), so daß hier jeder Prälegatar zur Hälfte an sich selbst, d. h. an seine eigene Erbportion, gewiesen sein muß. Im fr. 58 § 3 cit.[257]), sowie in c. 24 cit.[258]) stehn sich zwar zwei Erben gegenüber, von denen aber der Eine kein Legat, sondern ein Universalfideikommiß, der Andere ein wahres Prälegat aus der ganzen Erbschaft zu fordern hat, wie es in der Digestenstelle die Worte **praediorum pro hereditaria parte retentorum**, in der Codexstelle die Worte **hereditaria parte praedii retenta** beweisen.

---

daß es bei der Annahme von Wechsellegaten heißen mußte: **a singulis**, für welche Leseart es aber an jeder Autorität mangelt.

254) System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 372 S. 1214.

255) Die Worte dieser Stelle finden sich im siebzehnten Capitel Note 41.

256) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3.

257) Die Worte und die Interpretation dieser Stelle finden sich im neunzehnten Capitel zu Note 63 ff. und 79 ff.

258) Dieses Reskript ist ausführlich im Anhange erläutert.

Sechstes Capitel.

Vom Wesen der Prälegate.

Bereits in der Glosse begegnen wir drei verschiedenen Ansichten über das Wesen der Prälegate, und allen dreien fehlt es nicht an einer bedeutenden Zahl von Vertheidigern. Diese drei Ansichten sind folgende: das Prälegat ist für den auf der Erbportion des Berechtigten lastenden Theil ein bedingtes Rechtsgeschäft; ferner: das Prälegat ist von Anfang an ganz rechtsbeständig und unbedingt, aber der eben bemerkte Theil wird später ungiltig, wenn der Prälegatar Erbe wird; endlich: das Prälegat ist zwar ein bedingtes Rechtsgeschäft, aber der eben bemerkte Theil hat von Anfang an keinen Rechtsbestand [1]).

1) Eine eigenthümliche Ansicht stellt Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. 5 S. 268, 269 auf. Er meint, die Prälegate hätten nicht den Zweck gehabt, einen Erben vor den übrigen zu begünstigen, sondern unter verschiedenen Erben eine Ausgleichung herzustellen, welche durch die Einsetzung nach Uncien zu erreichen nicht möglich war. (Schon *Donellus* Comm. absolutissimi Codicis ad l. 21 C. fam. herc. § 13 stellt diese Ansicht, jedoch nur für den Fall auf, daß der Testator für sämmtliche Erben Prälegate anordnet, nicht aber, wenn er nur einem einzigen Erben prälegirt.) Mit dieser Meinung können wir uns nicht befreunden. Denn damit sie zur Wahrheit werde, sind viele specielle Voraussetzungen nöthig. Man muß annehmen, daß der Erblasser bereits ein Testament errichtet hat, worin Erben auf ungleiche Theile eingesetzt sind; man muß ferner annehmen, daß er

Die erste Ansicht [2]), wohl nicht die herrschende zur Zeit der Glossatoren, welche aber bald darauf eine Zeitlang viele Anhänger gefunden [3]), geht also dahin: jede auch pure ge-

---

nicht mehr diesen letzten Willen billigt, sondern nunmehr wünscht, seine Erben möchten auf gleiche Theile berufen sein; man muß endlich voraussetzen, daß es dem Testator an der Lust oder an der Möglichkeit fehlt, so viele Zeugen herbeizurufen, als zur Errichtung eines neuen Testamentes nöthig sind, und daß er daher zur Errichtung eines Codicilles seine Zuflucht nimmt, worin er die auf kleinere Portionen berufenen Erben durch Zuweisung von Prälegaten dem besser quotirten Erben gleich stellt. Selbst das Beispiel, welches hier Roßhirt zur Bestätigung seiner Ansicht gibt, scheint nach dem von ihm für Prälegate angenommenen Vertheilungsprinzipe für diese Ansicht nicht zu passen. Er sagt: besteht das Vermögen in 12,000 und A. ist auf sechs, B. auf drei und C. auf drei Zwölftel eingesetzt, und 6000 sind allen Dreien prälegirt, so erhält im Ganzen A. 4500, B. 3750 und C. gleichfalls 3750. (Wäre Roßhirts Ansicht richtig, so müßte jetzt jeder Erbe gleichviel, 4000, haben.) Wären noch, so fährt Roßhirt fort, andern Personen 3000 legirt, so bezahlte A. diese Legate auf die Hälfte, B. und C. Jeder nur auf ein Viertel, also hätte nun Jeder der drei Erben gleichviel, nemlich 3000. — Offenbar ist in diesem Falle die Gleichheit zwischen den Legatarerben nicht durch die Prälegate, sondern durch die an Fremde zu zahlenden Vermächtnisse herbeigeführt. — Ueber die eigenthümliche Ansicht von Clauffen s. den Schluß dieses Capitels.

2) Die Glosse zu fr. 75 § 1 De legatis II v. constiterunt führt als den zweiten Vereinigungsversuch dieser Stelle mit fr. 17 § 2 De legatis I den an: vel aliter sub conditione videtur ei legari pro sua parte, scil. si heres non erit.

3) Dafür erklären sich *Albericus de Rosate*, *Bartolus*, *Baldus*, *Iason*, *Bartholomaeus Salicetus*, *Paulus de Castro*, selbst noch *Donellus* (Comm. iur. lib. 8 cap. 7; Comm. absolutissimi Codicis ad tit. C. de legatis c. 12), so daß *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. Opp. Tom. II p. 341 § 35 sie die communis opinio nennt. Dagegen haben sich erklärt *Duarenus* (existimo somnium hoc esse), *Zasius* (Beide bei der Erklärung des fr. 18 De legatis I), *Averanius* Interprett. lib. IV cap. 5 nr. 6, *Pfeiffer* Diss. § 7, Arndts in Weiske

schehene Anordnung eines Prälegates sey ein zum Theil bedingtes Geschäft. Denn bei der Unterscheidung des Prälegates in zwei Theile, einen Erbtheil und einen Legatstheil, kommen dem Erblegatar zwar die Theile, welche er von seinen Miterben, also legati iure, zu fordern hat, unbedingt zu; aber ob von ihm auch der Theil des Prälegates erworben werde, welchen er von dem ihm zugewiesenen Erbtheile, also nach Erbrecht, zu fordern hat, hänge davon ab, ob er Erbe werde oder nicht. Nur im letztern Falle, wenn er nicht Erbe wird, könne er auch auf diesen Theil legati iure Anspruch machen, weil dieser Theil unter der Bedingung si heres non erit [4]) ihm hinterlassen sey; und daher sey bei einem jeden Prälegate zu seiner vollständigen Giltigkeit die Erfüllung der Bedingung nothwendig: daß der Prälegatar nicht Erbe wird.

Mit dem Beweise dieser Behauptung von einer (theilweise) bedingten Natur des Prälegates sieht es höchst mißlich aus [5]). Wenigstens die Quellen sprechen niemals bei diesem

---

Rechtslexikon Bd. 6 S. 289, 290. Der letzte Jurist meint freilich, daß in den uns aufbehaltenen Entscheidungen der Römischen Juristen nur einzelne innerlich unvereinbare Folgerungen aus verschiedenen Auffassungsweisen sich finden.

4) *Bartolus, Paulus de Castro, Iason, Salicetus, de Barry* Opus de successionibus Vol. I lib. 8 tit. 12 hatten dieser negativen Bedingung die affirmative si hereditatem repudiaverit substituirt, wogegen ganz mit Recht *Corasius* a. a. O. § 34 hervorhebt, daß hier eine Meinung dem Testator untergeschoben wird, von der er in der Regel ganz entfernt ist. Denn der Testator wünscht gewiß seinen Erben auf jede Weise zum Antritt der Erbschaft zu bewegen, und würde ihm vielleicht Nichts legirt haben, wenn er geglaubt, er würde repudiiren. Die Fälle, in welchen der Testator die Bedingung si heres non erit den Prälegaten beischreibt, sind nur Singularitäten.

5) *v. d. Pfordten* Diss. p. 19 sagt mit Recht: conditiones tacite adiectae, nisi necessitate urgente, praesumi non debent.

Vermächtniß von einer Bedingung. Im Gegentheil drücken sie sich so aus, daß die Wortfassung mit der Annahme einer bedingten Natur des Prälegates im Widerspruche steht. Denn wenn sie vom Prälegate sagen: **pro parte non consistit** [6]), oder **pro parte inutiliter legatum est** [7]), so widerspricht dieß der Natur eines bedingten Rechtsgeschäfts [8]), von dessen Unwirksamkeit ja nicht eher die Rede sein kann, als bis man weiß, daß die zu dem Rechtsgeschäfte gehörige Bedingung ausgefallen ist, also bis in diesem Falle der Prälegatar die Erbschaft angetreten hat.

Vangerow [9]) jedoch, der neueste Vertheidiger dieser bedingten Natur des Prälegates, sucht die Ansicht zu vertheidigen, daß nur aus einer solchen Annahme die Entscheidung im **fr. 75 § 1 De legatis II** [10]) abgeleitet und gerechtfertigt werden könne. In diesem Fragmente Papinians lesen wir

6) fr. 18 § 2 De his quae ut indignis 34, 9.

7) fr. 18, fr. 116 § 1 De legatis I. 30.

8) *Duarenus* ad l. 18 De legatis I sagt mit Recht: wenn ein bedingtes Rechtsgeschäft irgend einmal durch den Eintritt der Bedingung Giltigkeit erlangen soll, so muß es gleich bei seiner Entstehung giltig angeordnet sein. Inutile konnte das Legat nicht genannt werden, wenn es bedingt war. Schon *Iason* (Commentaria in secundam Infortiati partem in tit. de legatis I ad § si uni nr. 6 und 7) sucht diesen Einwand dadurch zu entkräften, daß er sagt: tale legatum dicitur inutile habito respectu ad ius hereditarium, quod ab ipsomet herede sibi inutiliter legatur; dicitur autem conditionale et validum habitu respectu quod est legatum et ipsum consequitur iure legati. Man vgl. *Chesii* Interpretationes lib. II cap. 3 § 10 und *v. d. Pfordten* Diss. p. 20.

9) Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. 2 S. 438, 439.

10) Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem, vita decessit: partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte heredum constiterunt, ad heredes eius transmitti.

Folgendes. Ein Theilerbe, dem mehrere Prälegate hinterlassen waren, stirbt ohne alle Erklärung **post diem legatorum cedentem** [11]) **ante aditam hereditatem**, und daraus wird die Folge abgeleitet, daß seine Erben nur die Theile der Prälegate erhalten, welche auf den Erbportionen seiner Miterben lasteten, und daß die auf seinem eigenen Erbtheile haftenden Quoten seine substituirten Miterben in Anspruch zu nehmen berechtigt sind [12]). Diese Entscheidung glaubt nun Vangerow einzig und allein auf folgende Weise begründen zu können: „Stirbt der Prälegatar vor dem Erbschaftsantritte, so ist die „Bedingung in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze über die „Erfüllung negativer Bedingungen erst mit dem erfolgten Tode „des Prälegatars eingetreten; es hat also der Prälegatar die „Bedingung nicht erlebt, sondern derselbe ist **pendente conditione** verstorben, und so kann denn auch nach bekannten „Regeln dieser Theil des Prälegates nicht auf die Erben des „Prälegatars transmittirt werden [13])."

Wir sind aber in der Beurtheilung der Motive zur Entscheidung dieses Fragments durchaus andrer Meinung, indem wir gar keine Harmonie zwischen der Entscheidung in diesem Fragmente und den eben berührten Regeln über die Erfüllung negativer Bedingungen finden können.

Wir wollen deshalb zuerst eine Hauptstelle über Erfül-

---

11) Als Papinian dieß schrieb, bedeuteten diese Worte: post apertas tabulas; im Justinianeischen Rechte: nach des Testators Tode *Voorda* Interprett. cap. 27. Westphal von Vermächtnissen und Fideikommissen S. 618 läßt auch in diesem Falle im Justinianeischen Rechte bereits die Eröffnung des Testamentes erfolgt sein.

12) *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I Opera postuma Tom. I p. 313.

13) Eine ganz ähnliche Argumentation findet sich bei *Iason* a. a. O.

lung potestativer Bedingungen, das fr. 28 De cond. instit. 14) vergleichen, ebenfalls ein Fragment Papinians. Hier werden zwei Arten von potestativen Bedingungen unterschieden, solche, welche der Berufene vor seinem Tode erfüllen muß, und solche, welche der Berufene noch in seinem Todesmomente erfüllen kann, was dann der Fall ist, wenn auch ein Anderer für ihn die Leistung vorzunehmen vermag. Zu der ersten Art der Bedingungen gehört ebenso die angeführte Bedingung: **si Capitolium adscenderit**, als die **si heres erit**, weil Beide nur durch die Person des Honorirten selbst in Erfüllung gebracht werden können 15). Zur Bestätigung seiner Ansicht führt Pa-

14) Si filius sub conditione heres erit, et nepotes ex eo substituantur, quum non sufficit, sub qualibet conditione filium heredem institui, sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate, consideremus, numquid intersit, quae conditio fuerit adscripta, utrum quae moriente filio impleri non potuit, veluti: si Alexandriam ierit filius, heres esto, isque Romae decessit, an vero quae potuit etiam extremo vitae momento impleri, veluti: si Titio decem dederit, filius heres esto, quae conditio nomine filii per alium impleri potest. Nam superior quidem species conditionis admittit viro filio nepotes ad hereditatem, qui, si neminem substitutum haberet, dum moritur, legitimus patri heres extiterit; argumentoque est, quod apud Servium quoque relatum est, quendam enim refert ita heredem institutum: si in Capitolium ascenderit; quodsi non ascendisset, legatum ei datum, eumque, antequam ascederet, mortem obiisse; de quo respondit Servius, conditionem morte defecisse, ideoque moriente eo legati diem cessisse. Altera vero species conditionis vivo filio non admittit nepotes ad hereditatem, qui, substituti si non essent, intestato avo heredes existerent; neque enim filius videretur obstitisse, post cuius mortem patris testamentum destituitur, quemadmodum si exheredato eodem filio nepotes, quum filius moreretur, heredes fuissent instituti.

15) Was hier von der Erfüllung der positiven Bedingung gesagt ist, muß consequent von dem Ausfall der entgegengesetzten negativen Bedingung gelten, und diese Gleichheit scheint Vangerow bei seiner Darstellung übersehn zu haben.

pinian einen Fall an, der sich bei Servius Sulpicius findet. Jemand soll Erbe unter der Bedingung sein, wenn er das Capitol bestiegen haben wird; derselbe soll Legatar sein, wenn er das Capitol nicht bestiegen haben wird; und der Honorirte stirbt, ohne das Capitol bestiegen zu haben. Diesen Fall hat Servius nach Papinians Erklärung richtig dahin entschieden: die Bedingung der Erbeseinsetzung sey bei dem Tode des Honorirten ausgefallen, also (moriente eo diem legati cessisse d. h.) die Bedingung des Legates eingetreten, und dieß selbst auf seine Erben transmittirt.

Wenden wir nun diese Entscheidung auf unsern Fall an, so werden wir sagen können, daß nach **Vangerows** Ansicht auch in der Person eines jeden Prälegatars solche entgegenstehende Bedingungen sich finden. Nemlich jeder Prälegatar soll Theilerbe sein, und die auf der Erbportion seiner Miterben haftenden Theile des Prälegates in dem Falle haben, daß er Erbe wird, und im entgegengesetzten Falle, wenn er nicht Erbe wird, das Prälegat in seinem ganzen Umfange als Legat haben. Wann gilt nun aber die erste Bedingung als ausgefallen, und also die zweite Bedingung zum Erwerbe des ganzen Legates als erfüllt? Die Antwort lautet nach Servius dahin: **morte eius**, d. h. sobald er, ohne angetreten zu haben, stirbt, ist sein Erbe berechtigt, das ganze Legat einzufordern, weil **moriente eo dies legati cessit** [16]). Aber nach unserm **fr. 75** kann nicht der Tod des Prälegatars als **dies cedens legati** gelten, indem es da heißt, der Tod sey erst **post diem legati cedentem** [17]) eingetreten. Hieraus können wir nun nicht

16) So *Raphael Cumanus* in secundam Infortiati partem ad l. qui filiabus § si uni De legatis I; *Iason* Secunda super Infortiat. ad l. 87 De legatis I nr. 31; *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 2 § 2.

17) Denn ernstlich wird wohl Niemand behaupten wollen, daß,

bloß schließen, sondern wir müssen es auch, daß bei Prälegaten, wie bei andern unbedingt hinterlassenen Vermächtnissen der **dies cedens** nach Papinians Ansicht der Todestag des Erblassers sey [18]). Uns scheint daher, daß **fr. 75 § 1 De legatis II. 31** gerade gegen **Vangerows** Ansicht über die (theilweise) bedingte Natur eines jeden Prälegates entscheidet [19]).

In dem Falle des **fr. 104 § 6 De legatis I** [20]) könnte es für den ersten Augenblick scheinen, als wenn ein unbedingt hinterlassenes Prälegat dem unter der Bedingung **si heres non erit** hinterlassenen Prälegate ganz gleich behandelt werden müsse, weil dort identificirt die beiden Fälle scheinen, ob unbedingt, oder mit der Bedingung **si heres non fuerit** dem Erben legirt sey. Aber lesen wir vollständig diesen Satz, so

---

weil die **X Kalendarum** und **post diem X Kalendarum** identisch ist (**fr. 132 pr., fr. 233 § 1 De V. S. 50, 16.** Savigny System Bd. 4 S. 239 Note f), überall die Bedeutung von: die und: **post diem** identificirt werden könne.

18) *C. G. Biener* **Opuscula Academica Tom. II p. 402.**

19) Derselben Ansicht sind *Nieto* a. a. O. und *Chesius* **Interpretationum liber II cap. 3 § 11 § 33...39.** Auch *Pfeiffer* **Diss. § 7** führt gerade dieß Fragment als Hauptbeweis zur Widerlegung der bedingten Natur der Prälegate an. Existirte die Bedingung, so müßte der Erbe des Prälegatars das ganze Vermächtniß erhalten, nicht aber mit dem Theile desselben sich begnügen, welcher auf den Erbportionen seiner Miterben lastete. Vgl. das zwölfte Capitel im Texte zu Note 47 ff.

20) **Cum quidam heredem instituit, quandoque mater eius decessisset, deinde secundus heres scriptus fuisset, et ab eo legata ei, qui sub conditione heres institutus fuisset, relicta essent, isque viva matre decessisset, postquam dies legati cesserit: quaesitum est, an heredi eius legata deberentur? Verius est, legatum heredi deberi, sive pure a substituto legatum datum est primo heredi, sive sub hac conditione: si heres non fuerit, quia moriente eo condicio impletur.**

lautet er dahin: **sive pure *a substituto* legatum datum est heredi, sive sub hac conditione, si heres non fuerit;** und die Worte **a substituto** sind wesentlich. Sie enthalten die **tacita conditio** [21]), das nothwendige Requisit zur Existenz des Legates. Denn ohne Erfüllung der Bedingung: **si heres non exstiterit legatarius** konnte ja der Substitut nicht herankommen, also auch nicht zum Zahlen der Vermächtnisse verpflichtet werden, so daß hier in beiden Fällen kein Prälegat vorhanden ist [22]). Allerdings wollen wir [23]) diesem gegen Vangerow aufgestellten Argumente keine große Bedeutung zuschreiben wegen der Worte von Gaius: **aliud est iuris, si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimitur** [24]).

Möglicherweise mit Berücksichtigung des bisher Eingewendeten spricht bereits eine Glosse [25]) von einer **tacita conditio** bei den Prälegaten, d. h. von einer nicht **expressis verbis** hinzugefügten Bedingung [26]), einer, die nach Vangerow [27]) **ex testamento, ex voluntate defuncti** komme, die auf dem präsumtiven Willen des Erblassers beruhe. Aber auch diese Wendung der Sache, daß der Wille des Testators nur unter

---

21) Schilling Lehrbuch der Institutionen Bd. 2 § 81 Zusatz 2.

22) S. das eilfte Capitel hinter Note 41 ff.

23) Anders ist es hinsichtlich Vangerow's, indem er das fr. 75 § 1 De legatis II. 31 aus der Natur einer wahren, so gut wie ausdrücklich ausgesprochenen Bedingung erklären will.

24) fr. 65 § 1 De legatis I. 30.

25) zu fr. 87 § 1 De legatis I v. petitionem: quum repudiat, exstat conditio tacita, sub qua valet pro sua parte. *Iason* in secundam Infortiati partem commentaria in tit. de legatis I ad § si uni: haec conditio est tacita; ebenso ad l. filio pater nr. 30: tacitam conditionem, si repudiaverit hereditatem.

26) Wie dieß Baldus erklärt.

27) Leitfaden § 523 Anm. a. E. S. 439.

der stillschweigenden, jedoch zu präsumirenden Bedingung: wenn der Prälegatar nicht Erbe sey, ihm das Prälegat ganz zuwenden wolle, ist nicht zu vertheidigen [28]). Denn fr. 99 De condit. et demonstrat. sagt ganz allgemein: conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia; und das fr. 25 § 1 D. quando dies setzt hinzu: dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecus exspectanda sit, cedit [29]), so daß trotz einer angenommenen conditio tacita doch der dies cedens bei dem Prälegate mit dem Tode des Erblassers eintreten müßte, also im Falle des fr. 75 § 1 De legatis II die Erben des Prälegatars berechtigt sein müßten nach dem Rechte der Transmission das ganze Prälegat in Anspruch zu nehmen [30]), was nun entschieden nicht der Fall ist nach der deutlichen Erklärung Papinians daselbst.

Außerdem verstößt diese von uns gemißbilligte Ansicht gegen eine richtige Interpretation des fr. 18 § 2 De his quae ut indignis [31]). Hier trägt Papinian folgenden Fall vor.

---

28) *Cuiacius* Obss. 14, 29: utrumque (et legatum et hereditatem) capi plerumque vult qui heredi legat. Man vgl. das sogleich im Texte interpretirte fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9 und Claussen a. a. O. S. 208: die Erbschaft und das Legat sind copulativ hinterlassen.

29) Eine Glosse setzt zu diesem Worte hinzu: a morte testatoris mit Bezugnahme auf fr. 6 § 1 und fr. 7 desselben Titels. Infortiatum. Lugduni 1584. fol. Bartolus in der Inhaltsangabe dieses Paragraphen sagt: Conditio tacita, quae inest ex natura rei legatae transmissionem legati non impedit.

30) *Chesii* Interpretationum lib. II cap. 3 § 11, 12.

31) Pro parte heres institutus praedii legatum acceperat, et in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat; quamquam legatam pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi; neque enim rationem iuris ac posses-

Ein Theilerbe, dem als Prälegat ein Grundstück hinterlassen ist, hat dem Erblasser versprochen, einem Unfähigen seinen Erbtheil zu restituiren, wodurch der Fiskus an seine Stelle als Erbe tritt. Nun entsteht aber noch die Frage über das Recht des Fiskus auf das Prälegat, ob ihm der Theil desselben, welcher auf der zu restituirenden Erbportion haftet, auch herausgegeben werden müsse, oder ob dem Legatar das prälegirte Grundstück in seinem ganzen Umfange bleibe? Papinian antwortet hierauf: **praedium integrum esse relinquendum**, d. h. das ganze Prälegat ist dem Theilerben zu lassen; und er gibt folgenden Grund dafür an: **neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis**, d. h. ein civilistischer Grund kann zwar den Besitztitel des Prälegatars in zwei zerlegen; jedoch ist dieser juristische Grund nicht im Stande, eine Theilung in dem Willen des Erblassers hervorzubringen, der gerade darauf gerichtet war, das Prälegat ungetheilt dem Prälegatar zuzuwenden. Diese Interpretation, durch welche es anerkannt wird, daß im Widerstreite mit dem Willen des Erblassers die ratio iuris nachstehn müsse, welche sich schon bei Vivianus findet, befolgen Cujacius [32]) und alle tüchtigen Interpreten [33]), weshalb wir uns gegen die Vangerowsche Ansicht erklären, daß der präsumtive Wille des Testators, im Falle daß der Prälegatar die Erbschaft antritt, darauf gerichtet war, demselben nur einen Theil des Prälegates zuzuwenden [34]).

---

sionis varietatem inducere divisionem voluntatis. Man vgl. noch das zwanzigste Capitel im Texte zu Note 8 ff.

32) Comm. in lib. 15 responsorum Papiniani zu dieser Stelle.

33) z. B. *Marianus Socinus* Iunior Consilia Vol. III Consil. 107 nr. 39; *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omit. her. § 30 in *Meermanni* Thes. T. VII p. 265; *Averanius* Interprett. V, 11 § 9; Claussen a. a. O. S. 194.

34) Ganz richtig den regelmäßigen Willen des Testators be-

Während aber dieser Widerspruch zwischen dem Willen des Testators und dem starren Buchstaben des Rechts in den Quellen anerkannt und soviel als möglich zu Gunsten des Willens des Testators beseitigt wird [35]), führt die von Vangerow vertheidigte Ansicht noch zu einem zweiten Widerspruche zwischen dem bestehenden Rechte und dem Willen des Erblassers. Will nemlich der Testator dem Legatar nur, **si heres non erit**, das Legat ganz zuwenden, so kann er es ihm nur **iure legati**, auf keine andere Weise zugewendet wissen wollen, und doch sprechen die Quellen nicht selten davon [36]), daß dem Berechtigten das Prälegat nur theilweise **legati iure** und theilweise **hereditario iure** erworben werde, was ganz im Einklange mit der Gesinnung des Erblassers steht, wie wir sie annehmen: daß derselbe nemlich von dem Wunsche beseelt ist, dem Prälegatar auf jede mögliche Weise, sey es auf dem Legatswege, sey es **heredis titulo** das prälegirte Objekt in allen seinen Theilen zuzuwenden, auf daß, wenn er antritt, er einen Theil des Vermächtnisses als Prälegat, und wenn er nicht antritt, das ganze Legat als simples Vermächtniß habe [37]).

---

zeichnend, beginnt Roßhirt seinen Aufsatz vom Prälegate in seiner Zeitschrift Bd. 5 S. 268 mit den Worten: das Prälegat ist etwas, was der Erbe haben soll, auch wenn er nicht Erbe wird. Claussen a. a. O. S. 208: es ist durchaus nicht der Wille, einen Theil des Legates ohne die Erbschaft, sondern es ist eben der Wille, das ganze Legat neben der Erbschaft zu hinterlassen; dieser Wille ist in Bezug auf das ganze Legat derselbe.

35) *Duarenus* ad l. 17 § si uni. Opera p. 1157.

36) fr. 40 pr. De legatis III. 32; fr. 18 § 2 De his quae ut 34, 9 (s. oben Note 31); fr. 74 D. ad legem Falcidiam 35, 2; fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3.

37) So drückt sich aus *Zasius* Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 17 § 2, fr. 18, Opera Tom. III p. 398 ff.

Endlich scheint **Vangerow** selbst die Annahme dieser Bedingung nicht für so prinzipiell zu halten, daß er aus ihr die bei dem Prälegate eintretenden Folgen zu erklären unternimmt. Denn wenn der Prälegatar die Erbschaft antritt, so läßt **Vangerow** die auf dem Erbtheile des Honorirten lastende Erbportion des Prälegates nicht deshalb ungiltig werden, „weil die „Bedingung deficirt" [38]), was doch, wenn wirklich eine Bedingung zum Grunde läge, im Sinne des Testators nothwendig wäre, sondern nur als Folge der civilistischen Regel: **heredi a semetipso legari non potest.**

Nach der zweiten Ansicht [39]) ist augenblicklich das ganze Prälegat nicht bloß pure, sondern auch wirksam hinterlassen, aber durch die Antretung der Erbschaft soll es theilweise seine ursprüngliche Giltigkeit verlieren [40]).

---

38) Vangerow a. a. O. S. 438.

39) Sie findet sich bereits in der Glosse zu fr. 17 § 2 De legatis I.

40) *Zasius* super Infortiato de legatis I ad § si uni. Opera Tom. II p. 334 nr. 6; *Mevius* Decisionum Summi Tribunalis Vismariae Decisio 9; *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omitt. her. § 30; Responsa Lynckeriana Vol. II Resp. 31 § 7; Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 105 nr. 16; *Pfeiffer* Diss. § 6 ... § 12; *v. d. Pfordten* Diss. § 4; Braun (Thibaut) Erörterungen S. 690. Darüber, ob Cujacius dieser Ansicht oder der dritten zugethan gewesen, kann man streiten; allein daß er keineswegs die erste oben von uns verworfene Ansicht vertheidigt hat, was v. d. Pfordten a. a. O. p. 19 nota *m* und Claussen a. a. O. S. 208 behaupten, geht wohl deutlich aus den hier folgenden Aeußerungen hervor. Im Comm. ad tit. de legatis I ad l. 87 sqq. schreibt Cujacius: legatum illud non valet nisi pro parte coheredis, et tamen is qui repudiat pro herede non habetur, et ei relictum legatum totum ab initio constitisse intelligitur; und im Comm. in lib. XVIII quaest. Papin. ad fr. 87, fr. 90 De legatis I drückt er sich zuerst dahin aus: legatum videtur ab initio non valuisse pro eius parte, sed pro parte coheredum; und im Verfolge derselben Darstellung: legatum ab initio constitisse intelligitur in totum.

Von den ältern Vertheidigern dieser Ansicht ist besonders hervorgehoben, daß die Ungiltigkeit des vom Prälegatar als Erben hinterlassenen Theiles des Vermächtnisses erst in dem Momente eintreten könne, in welchem derselbe diesen Theil von sich selbst empfangen solle, welcher Moment aber nicht schon, wie bei dem Erwerbe der gewöhnlichen Legate, der Augenblick des Todes des Erblassers, sondern erst der Antritt der Erbschaft sey; bis dahin hätte der Prälegatar nur ein Recht auf das Vermächtniß, keine Verpflichtung zu dessen Leistung; jetzt erst durch die Antretung der Erbschaft werde dieser Theil des Vermächtnisses zu einem ungiltigen. Dieß Raisonnement solle durch **fr. 91 § 2 De legatis I**[41]) bewiesen werden, indem hier gesagt sey, das Prälegat bestehe vollständig in der Person des Prälegatars, wenn derselbe nicht Erbe werde. Aber vom Prälegate wird diese vollständige Rechtsbeständigkeit hier gar nicht ausgesprochen, sondern der Entscheidung Julians liegt folgender Fall zum Grunde. Es sind zwei Erben eingesetzt; dem einen ist der Sklave Stichus prälegirt, und demselben Stichus sind zehn vermacht; wird der Stichus bei Lebzeiten des Erblassers frei, so kann er alle zehn einfordern; und dabei soll der von Julian angegebene Grund dieser Entscheidung die Hauptsache sein, nemlich, daß die Giltigkeit des ganzen Legates für den Sklaven daraus hervorgehe, daß, wenn der Erbe, dem er prälegirt war, nicht angetreten hätte, der Sklav von dem andern Erben alle zehn hätte fordern können. Allein es wird keineswegs von dem Prälegate, welches den

41) Duobus heredibus institutis, alteri Stichum legaverat, et eidem Sticho decem; quum Stichus vivo testatore ad libertatem pervenisset, totum legatum ei debebitur; nam in solidum constitisse causam legati in eius persona, hoc quoque argumento est, quod si heres, cui legatus fuerat, hereditatem non adiisset, solidum ab altero herede consequi possit.

Stichus zu seinem Objekte hatte, und dessen Anfall im Momente des Todes des Erblassers sich ereignete, hier von Julian etwas ausgesagt, sondern von dem simpeln Vermächtnisse, welches den Stichus zu seinem Subjekte hatte, dessen Anfall erst im Augenblick der angetretenen Erbschaft Statt fand [42]).

Pfeiffer und Pfordten berufen sich ferner für diese ihre Meinung noch [43]) auf folgende Analogie. Wenn ein Sklave [44]) instituirt, und seinem Herrn von ihm ein Legat hinterlassen ist, so ist das Legat gleich von Anfang giltig angeordnet. Dieß folgt daraus, daß, wenn zur Zeit des dies legati cedens der Legatar nicht mehr Herr des Sklaven ist, mag dieser jetzt in eines Andern Gewalt stehn oder die Freiheit erlangt haben, und der eingesetzte Sklave die Erbschaft antritt, sein früherer Herr das unter diesen Umständen giltig gebliebene Legat fordern könne, nicht aber in dem Falle, wenn er noch jetzt Herr des eingesetzten Sklaven ist [45]). Dieser Fall

---

42) fr. 17 D. quando dies 36, 2, eine Stelle, die ebenfalls von Julian ist. Vgl. *Cuiacius* Comm. in lib. 36 Digest. Iuliani ad l. 91 § 2 De legatis I, der auf diese Verschiedenheit des dies cedens aufmerksam macht.

43) Wir werden einige Argumente der genannten Juristen für ihre Ansicht bei der Begründung der dritten Meinung, der unsrigen, prüfen.

44) *v. d. Pfordten* Diss. p. 23 behauptet, das hier vom Sklaven Gesagte leide auch Anwendung auf den Haussohn. Allein die Ungiltigkeit der Gleichstellung des Sklaven mit dem Hauskinde in dieser Beziehung glauben wir bereits im vorigen Capitel zu Note 67 ff. nachgewiesen zu haben, wo auch in Note 63 und 64 die Citate der folgenden Note sich abgedruckt finden.

45) Gaius Comm. II, 245: evanescere legatum; § 33 I. de legatis 2, 20: evanescit. *Chesius* Interpretationum iuris lib. I cap. 3 in Iurisprud. Romana et Attica Tom. II p. 24 und Westphal von Vermächtn. und Fideik. S. 74 führen den Grund hiefür

soll nun nach Pfordtens Behauptung dem Prälegate ganz analog sein, insoweit dem Erben von sich selbst ein Legat hinterlassen ist, was daraus folge, daß beide Fälle, ihrer gleichen Wirkung wegen, in **fr. 30 § 8 D. ad legem Falcidiam**[46]) zusammengestellt werden. In der That aber sind beide Fälle von sehr verschiedener Natur[47]). Denn der zum Erben eingesetzte Sklave ist nach des Testators Willen nicht der Erbe selbst, sondern er bezeichnet ihn nur; und da er demjenigen die Erbschaft erwirbt, der, als sein Herr, ihm den Befehl zur Antretung gibt, so bezeichnet er nicht den Herrn, welcher ihn in seiner Gewalt zur Zeit der Testamentserrichtung hat, sondern denjenigen, welcher zur Zeit des Erbschaftsantrittes sein Herr sein wird; und es kann sehr Vieles inzwischen sich ereignen, daß Jener nicht noch zur Zeit des Erbschaftsantrittes ihn in seiner Gewalt hat[48]), so daß in dem genannten Falle nur der eingesetzte Erbe, nicht aber der Legatar mit Gewißheit und individuell bezeichnet ist. Daraus folgt aber, daß ein solches Legat nicht immer, wie das Prälegat, ganz oder theilweise, ungiltig ist, sondern nur dann, wenn der Sklav in dem Eigenthum desselben Herrn bleibt und ihm die Erbschaft erwirbt. Und nur dieser Fall, wo das zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandene Rechtsverhältniß zwischen Erben und Legatar zur Zeit des Erwerbes der Erbschaft noch unverändert fortbesteht, ist von dem Juristen im **fr. 30 § 8** gemeint und mit dem Prälegate seinem Erfolge nach zusam-

an: weil der Anfang der Giltigkeit des Legates erst von dem Antritt der Erbschaft zu rechnen war.

46) **Quum lex Falcidia intervenit, non veniunt in contributionem, quae ipsi heredi a semetipso vel servo eius legata fideive commissa sunt.**

47) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 261.

48) ***Donelli*** **Comm. iur. civ. lib. 8 cap. 7.**

mengestellt [49]). Falls wir aber auch zugestehn, daß die eben dargestellte Analogie passe, so spricht gegen diese zweite Ansicht ebenfalls ganz insbesondere die Entscheidung im **fr. 75 § 1 De legatis II** (Note 10), wornach der Prälegatar, der vor dem Antritt der Erbschaft stirbt, nicht das ganze Prälegat, sondern nur denjenigen Theil desselben auf seine Erben transmittirt, womit seine Miterben belastet waren; während wenn diese zweite Ansicht die richtige wäre, das ihm deferirte Legat ganz auf seine Erben, und nicht auf den Substitut für den Theil, auf welchen er instituirt ist, transmittirt werden müßte [50]). Dieß fühlen auch die gründlichsten Vertheidiger dieser Ansicht ganz gut; sie suchen sich aber dadurch zu helfen, daß sie den Inhalt dieses Fragments als eine unerklärbare, gegen alle gesetzlichen Grundsätze verstoßende Disposition [51]) betrachten, die vielleicht nur dem Versehn der Compilatoren ihr Dasein [52]) zu verdanken hat, und woraus für die Theorie der Prälegate keine Folgerungen gezogen werden dürfen [53]). Ferner sprechen gegen die obige Ansicht auch alle diejenigen Fragmente, welche den Theil des Prälegates, wegen dessen der Erblegatar an sich selber gewiesen ist, schon im Augenblick der Errichtung des Prälegates für ungiltig erklären [54]). Endlich spricht gegen diese Ansicht der auch von den

49) Wenn nemlich der dies cedens legati zu einer Zeit erst eintritt, da der Sklave bereits freigelassen ist, dann gebührt das Legat dem Herrn und wird bei der Berechnung der Falcidischen Quart in Anschlag gebracht. Vgl. fr. 20 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

50) *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 4.

51) *Pfeiffer* Diss. § 28 § 30.

52) Nettelbladt Prälegate S. 70.

53) *v. d. Pfordten* Diss. § 15 a. E. p. 55: Pfeiffer confitetur, se omnem spem abiecisse de apta legis 75 interpretatione. Idem fateor et ipse.

54) fr. 18 De legatis I. 30: totum legatum petere potest,

Vertheidigern derselben unbestrittene Umstand, wornach, wenn der Prälegatar und Erbe die Falcidische Quart abziehn will, er in die Quart nur den Theil des Prälegates einrechnen muß, welcher (ungiltig) bei ihm **hereditario iure** bleibt, nicht auch den, welchen er **legati iure** erwirbt. Da nun bei der Berechnung der Falcidischen Quart auf den Todesmoment gesehn wird [55]), so muß schon in diesem Moment die Scheidung in einen (giltigen) Legatstheil und einen (möglicherweise ungiltigen) Erbtheil des Prälegates existiren [56]).

Die neuesten Vertheidiger dieser Ansicht, Pfeiffer und Pfordten, berufen sich besonders noch für das spätere Ungiltigwerden des Prälegates auf die Aeußerung Modestins in **fr. 34 § 1 De legatis II** [57]): **non sic interpretandam scri-**

---

quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset; fr. 116 § 1 D. eod.: heredi a semetipso legatum dari non potest; fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9: quanquam legatum pro ipsius parte non constitisset.

55) fr. 50 § 1 De peculio 15, 1; fr. 56 pr., fr. 73 pr. D. ad legem Falcid. 35, 2; § 2 I. eod. 2, 22.

56) Pfeiffer (Diss. § 20) sucht diesen selbst hervorgehobenen Einwand dadurch zu entfernen, daß er behauptet, es müsse ein Unterschied sein, ob im Todesmomente die Veränderung des Vermögens vorherzusehn, oder rein zufällig war; eine Unterscheidung, die jeder Unterstützung durch die Quellen entbehrt.

57) Lucius Titius in testamento suo ita cavit: Ὀκταβιάνῃ Στρατονίκῃ τῇ γλυκυτάτῃ μου θυγατρὶ χαίρειν. Βούλομαι αὐτὴν παρ' ἑαυτῆς λαβεῖν χωρίον Γάζαν σὺν ταῖς ἐνθήκαις αὐτοῦ πάσαις. Ὀκταβιάνῳ Ἀλεξάνδρῳ τῷ γλυκυτάτῳ μου υἱῷ. Ἐξαίρετον βούλομαι αὐτὸν παρ' ἑαυτοῦ λαβεῖν σύγκτησιν ἀγνόφορον (dieß Wort ist vielfach angefochten und wieder vertheidigt. Vgl. *Prateius* Iurisprudentia media Inversionum lib. III cap. 3 in *Otto* Thes. Tom. IV p. 428; *Hoffmann* Meletemata ad Pand. lib. 31 § 1) Κομιάνην, σὺν αἷς ἔχει ἐνθήκαις πασαις. (Ueber die verschiedenen Lesearten in diesem letzten Willen überhaupt vgl. *Pancirolus* Thesaurus variarum lectionum lib. II cap. 68. Quaero

pturam, de qua quaeritur, ut fideicommissum inutile fiat. **Dieß letzte Wort soll zur Genüge den Beweis enthalten, daß** ein Prälegat stets für giltig in allen seinen Theilen angeordnet betrachtet werden müsse, indem ja mit den Worten **inutile fiat** klar genug gesagt sey, daß das Prälegat, gleich Anfangs giltig errichtet, durch eine unrichtige Auslegung möglicherweise ungiltig werden könne. Allein dieser Beweisgrund muß schwinden, sobald wir genauer diesen Bescheid Modestins betrachten. Ihm lag ein griechisch abgefaßter letzter Wille vor, worin ein Vater, der von allen seinen Kindern beerbt wird, zuerst zu Gunsten einer Tochter also verfügt: ich will, daß sie von sich selbst mein Grundstück Gaza bekomme; und darauf zu Gunsten eines Sohnes also: ich will, daß er zum Voraus von sich selbst die Besitzung Comiana bekomme. Diese gegen seine Erben ausgesprochenen Aeußerungen über Grundstücke, die dem Erblasser gehören, können nun allerdings doppelsinnig erscheinen. Bleibt man bei dem grammatischen Sinne der Worte stehn, so bedeuten sie: meine Tochter und mein Sohn sollen einen so großen Theil an den genannten Grundstücken haben, als ihre Erbportion groß ist: **quaero, an huiusmodi scriptura .... partem hereditariam dumtaxat contineat.** Da aber durch eine solche Auslegung diese Bestimmung des Testators zu einer ganz bedeutungslosen hinuntersinken würde, in-

---

an huiusmodi scriptura integrum praedium singulis datum esse videatur, an vero partem hereditariam duntaxat contineat, quum inutiliter a semetipso quemque eorum, quam habebat, partem accipere voluit? Modestinus respondit, non sic interpretandam scripturam, de qua quaeritur, ut fideicommissum inutile fiat. Item quaero, si integrum praedium relictum esse videtur, an pretium portionis fratri et coheredi solvendum sit, ut hoc ipso, quod a semetipso accipere praecepit, pretio illato, integrum habere eum voluerit? Item respondit, ad solutionem pretii fideicommissarium minime compellendum. —

Digitized by Google

dem das, was sie alsdann aussagte, schon durch die Erbeseinsetzung erreicht war, so durfte der Jurist hier nicht bei der grammatischen Interpretation dieser Worte stehn bleiben, sondern er war genöthigt, sich zu der psychologischen Auslegung zu erheben, nach welcher diese Anordnung so zu verstehn ist, als habe der Testator, ohne die Worte „von sich selbst" zu schreiben, sich dahin ausdrücken wollen: ich wünsche, daß meine Tochtrr zum Voraus das Grundstück Gaza, und daß mein Sohn zum Voraus die Besitzung Comiana bekomme [58]). Wird die Bestimmung des Testators auf solche Weise aufgefaßt — und dieß ist die einzig richtige Auffassungsweise, um das Vermächtniß bei Kräften zu erhalten [59]) — so hat die Tochter das ganze Grundstück und der Sohn die ganze Besitzung aus der Erbmasse, also auch von sich selbst zu fordern. Wenn nun hier Modestin sich dahin ausdrückt: **non sic interpretandam scripturam, ut fideicommissum inutile fiat**, so hat er unter dem Ausdrucke **fiat** nur gemeint, abgesehn davon, daß es ganz gut **existat, sit, maneat** bezeichnen könnte, es solle diese zu Gunsten zweier Kinder aufgestellte testamentarische Anordnung nicht durch eine unrichtige Interpretation zu einer vollkommen wirkungslosen werden; denn die theilweise Ungiltigkeit des Prälegates erkennt Modestin ausdrücklich in seinen Worten an: **cum inutiliter a semetipso quemque eorum, quam habebat partem, accipere voluerit.**

Wir müssen uns daher zu der dritten Meinung beken-

58) *Cuiacius* Comm. in lib. 10 respons. Modestini ad l. 34 § 1 De legatis II meint, die Worte a se ipso bezeichnen, daß nicht blos von den Miterben, sondern auch von sich selbst die Kinder das Fideikommiß zu fordern haben.

59) arg. fr. 12 De rebus dubiis 34, 5: commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.

nen [60]), die auch zahlreiche und tüchtige Juristen jederzeit zu ihren Vertheidigern gezählt hat [61]). Ihr gemäß ist die Anordnung des Prälegates ein unbedingtes Rechtsgeschäft, jedoch in der Weise vollführt, daß gleich von Anfang an nach einer civilistischen Regel [62]) das Prälegat auf den Erbantheil des

60) Man vgl. die Glosse zu fr. 34 § 11 v. duobus De legatis I. 30, zu fr. 75 § 1 v. constiterunt De legatis II. 31, zu c. 2 C. de iure dotium 5, 12 v. praelegationibus *(Joannes Bassianus)*.

61) *Zasius* in Dig. novum zu fr. 1 § veteres Praef. De adq. vel amitt. poss. Opera Tom. III p. 197: hoc legatum valet in partem, in partem non valet; Desselben Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 17 § 2, fr. 18 Tom. II p. 334 und in tit. quod legatorum: Praelegatum confunditur, evanescit, attenuatur sicut fumus, pro parte hereditaria habetur pro nihilo; *Duarenus* ad l. 18 De legatis I Opera p. 1157; *Aegidius Hortensius* Libellus ad tit. et singulares leges de usufructu adcrescendo ad l. 8 Francofurti p. 219, 220; *Balduinus* Disput. I ex Papiniano cap. IV; *Nicolaus Valla* de rebus dubiis et quaest. in iure controversis Tractatus XX, tractatus III qu. 6 Francofurti 1577; *Maranus* ad l. 91 ad legem Falcidiam Opera p. 575 (im Tractatus alter zu demselben Fragmente p. 585 will er dagegen das Prälegat wenigstens ex postfacto so ansehn, als ob es ganz als Legat von Anfang an in seiner Person giltig gewesen); *Giphanius* Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis. Coloniae Plancianae 1650 p. 190; *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 3 Opera posthuma Tom. I p. 314; *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 1; *Chesius* Interpretationum liber II cap. 3 in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II; *Caspar Klock* Consilium 102 nr. 165; *Io. Sam. Stryck* Fundamenta iuris Iustiniani lib. II tit. 20 § 32; Bucher System der Pandekten § 462; Mayer das Recht der Anwachsung S. 119; Lang Lehrbuch des Römisch. Rechts (zweite Ausgabe) § 397; Witte in Weiske Rechtslexikon Bd. 1 S. 316 Note 212; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 262...266, in seiner Zeitschrift Bd. 5 S. 368 ff., und in seinem gemeinen deutschen Civilrecht Bd. 3 § 693 Nr. 3; Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Rechts § 372 S. 1215.

62) iuris ratio, *Maranus* a. a. O. p. 575; *Chesius* a. a. O. § 22, 23.

Honorirten als Legat für diesen nicht besteht[63]). Nach dieser Ansicht muß an die Spitze unserer Lehre die Parömie der Römischen Juristen gestellt werden: **heredi a semetipso legatum dari non potest**[64]), d. h. wenn ein Erblasser dahin seinen Willen ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochen hat, daß alle seine Erben verpflichtet sein sollen, einem, oder einigen unter ihnen, oder allen ein Vermächtniß zu leisten, so kann dieß, insofern es von dem Legatarerben selbst geleistet werden soll, als Vermächtniß nicht bestehn[65]). Es ist nemlich eine juristische Unmöglichkeit, daß Jemand zugleich sein eigener Gläubiger und Schuldner in Beziehung auf denselben Gegenstand sein kann[66]), wie Gaius in dieser Verbindung es ausdrückt: **ipse heres legatum tibi debere non potes**[67]), ebenso wie das, was ihm bereits als Erbe gebührt, nicht nochmals ihm durch den Legatstitel zufallen kann[68]), wes-

63) in qua (scil. hereditaria parte) onus legatorum non consisteret; fr. 18 De legat. praest. 37, 5.

64) So Florentinus in fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Dieselbe Regel wird von Ulpian in den Vatikanischen Fragmenten § 88 mit den Worten a semetipsis inutiliter legatum est, in seinen tituli XXIV, 22 heredi a semetipso legari non potest und im fr. 6 § 4 De hered. inst. 28, 5 mit den Worten legari sibi (scil. heredi) non potest angegeben.

65) Gans das Römische Erbrecht S. 211: das Grundprinzip der Lehre von den Prälegaten ist: einem Erben kann nicht von sich selbst legirt werden.

66) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 20: actio et passio non possunt simul concurrere. Vgl. das fünfte Capitel zu Note 147 ff.

67) Gaius Comm. II, 245.

68) *Chesius* a. a. O. § 21; *Gabriel Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 444: cum ex duabus causis res eadem nobis adquiri non possit, et hereditas utique nomen sit universale, quod absorbet nomen singulare legati.

halb diese Regel eben so gut für Legate, welche nach altem Recht nicht per vindicationem hinterlassen werden sollten [69]), als auch gerade für solche Vindikationslegate [70]) galt.

Von der Pfordten [71]) leugnet zwar, daß in der angegebenen Regel der Satz enthalten sey: der Theil des Prälegates, wegen dessen der Erblegatar an sich selbst gewiesen sey, habe von Anfang an keine Giltigkeit gehabt; denn Florentinus behaupte ja nur [72]) heredi a semetipso legatum *dari* non potest, und diese Ausdrucksweise bedeute nichts weiter als: dem Erben könne nicht von sich selbst das Legat übergeben werden, so daß der Ausdruck dari nicht auf die Zeit, da das Legat errichtet, sondern auf die Zeit, wo das Legat eingefordert wird, bezogen werden müsse [73]). Aber so richtig es ist,

---

Nieto hat diese Regel übersehn, und abstrahirt (Cap. 4 § 4, § 5) aus der Duplicität des Erwerbtitels unrichtige Schlußfolgerungen.

69) fr. 104 § 5 De legatis I. 30 (die Worte im funfzehnten Capitel Note 46); *Westenberg* principia iuris sec. ord. inst. 2, 20 § 88. *Nieto* de praelegatis cap. 3 § 17 meint, das fr. 116 § 1 De legatis I, über diesen Rechtssatz die Hauptstelle, spreche von einem legatum per damnationem vel sinendi modo relictum. Auch Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 266 bemerkt: besonders wenn das Prälegat in der Damnationsform hinterlassen war, trat der Satz hervor, daß dasselbe auf den Erbtheil des Prälegatars ungiltig war.

70) fr. 34 § 1 De legatis II. 31 (s. oben Note 57).

71) Diss. de praelegatis p. 22.

72) im fr. 116 § 1 De legatis I. 30.

73) Diese Ansicht von der Pfordtens stimmt mit der von Nettelbladt Lehre von den Prälegaten S. 23, welcher bemerkt: der Prälegatar hat keinen Theil des Legates von sich selbst, sondern immer vom Testator, nur auszahlen muß er es sich pro rata; indem er hier Erben und Legatar in derselben Person unterscheidet. Jener soll Etwas nach dem Willen des Testators nicht erwerben, wohl aber Dieser; in dem Augenblick, da der Honorirte die Erbschaft antritt, soll aus seiner Erbportion dieser Theil des Prälegates ausgeschieden werden, und er erst jetzt als Legatar in den Besitz der Sache kommen.

daß dare auch für tradere oder solvere gebraucht wird[74]), eben so richtig ist auch die von uns behauptete Bedeutung desselben Wortes für constituere[75]) oder relinquere[76]); und wenn Pfordten für seine von ihm in dieser Stelle postulirte Bedeutung anführt, daß hier die Wirkungen des Prälegates aufgezählt werden, welche erst nach angetretener Erbschaft sich äußern, so ist dieß eine Supposition, indem die hier aufgestellten Wirkungen nur als Folgen des an der Spitze stehenden Satzes heredi a semetipso legatum dari non potest diesem mit dem Worte itaque angeschlossen werden. Ebenso soll auch Julian, der nach unserer Meinung im fr. 18 De legatis I. 30 die anfängliche Ungiltigkeit an einem Theile des Legates ausspricht, nach Pfordtens Meinung[77]) dieß nicht sagen, sondern seine Worte, die vollständig so lauten: et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset, folgende Bedeutung haben. Der Prälegatar, welcher nicht die Erbschaft angetreten hat, kann das ganze Legat einklagen, weil es in diesem Falle ganz giltig geblieben ist; obschon, wenn er die Erbschaft angetreten hätte, das Legat wenigstens zum Theil ungiltig geworden wäre. Dieser etwas gekünstelten Erklärung stellen wir folgende, wie uns dünkt, sich einfacher aus den Textesworten ergebende entgegen: der Prälegatar, welcher nicht die Erbschaft angetreten hat, kann das ganze Legat einklagen, obschon, wenn nach dem Willen des Testators der Legatar auch Erbe geworden wäre, der von ihm selbst ihm hinterlassene Theil als Legat ungiltig gewesen wäre. Gegen diese, unstreitig die gewöhnliche

74) *Dirksen* Manuale v. dare § 7.

75) *Dirksen* Manuale v. dare § 5.

76) z. B. fr. 19 De legatis I: legata inutiliter data Papinianus putat confirmari per repetitionem.

77) Diss. de praelegatis p. 22 nr. 3.

Meinung [78]), wendet Pfordten ein, daß, wenn sie richtig sein sollte, Julian entweder hätte schreiben müssen: **totum legatum petere poterat etc.** oder, statt **legatum fuisset, legatum fuerit.** Aber Pfordten selbst wird zugeben, daß die Folge der Tempora in Justinians Digesten nicht immer Ciceronianisch ist; auch kann uns Niemand dafür stehn, daß Julian nicht wirklich poterat geschrieben hatte [79]), und daß die Compilatoren Justinians, welche hier bloß die letzten Worte eines Julianischen Satzes einem größern Fragmente Ulpians anhängten, um das letztere zu verdeutlichen [80]), **poterat** in **potest** umgewandelt haben, ohne daß sie die von Pfordten behauptete Nothwendigkeit der Verwandlung des **fuisset** in **fuerit** erkannt und ausgeführt haben.

Da nun die oben angeführte Parömie einige Male in den Quellen auch so wiedergegeben wird: **heredi a semetipso inutiliter legatum est** [81]) oder **a semetipso heredi legatum inutiliter videtur** [82]), oder **quum inutiliter a semetipso**

---

78) G. C. Treitschke im Deutschen Corpus iuris übersetzt so: und zwar kann er das ganze Vermächtniß fordern, wenn es auch ungiltiger Weise (in der Note setzt er hinzu: zum Theil) ihm selbst auferlegt wäre.

79) Im fr. 91 § 2 De legatis I. 30 (s. oben Note 41), ebenfalls einem Excerpte aus Julians Digesten, ist das Schlußwort **posset** dem feinen kritischen Ohre Haloanders anstößig gewesen, und deshalb in **potuisset** umgewandelt.

80) Ulpians Fragment schließt nemlich mit den Worten: **etsi abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat,** wobei noch dem Zweifel Raum bleiben konnte (*Zasius* Lecturae in tit. de legatis ad fr. 17 § 2, fr. 18, Opera p. 398), ob er das Legat ganz oder **deducta sua parte** (wie es im fr. 104 § 3 De legatis I heißt), d. h. nur die von den ursprünglich ihm beigesellten Miterben an ihn zu leistenden Theile einklagen durfte.

81) in dem eben betrachteten fr. 18 De legatis I. 30.

82) fr. 34 § 11 D. eod.

quemque eorum quam habebat partem accipere voluit [83]), so haben Pfeiffer (Nettelbladt) und Pfordten in dem bei dieser Gelegenheit vorkommenden Worte inutiliter etwas Besonderes finden wollen, und geglaubt, daß die Ungiltigkeit bei jenem Theile des Prälegates nur in Beziehung auf gewisse Folgen eintrete [84]). Allein daß wir bei der gangbaren Bedeutung von inutiliter, d. h. frustra, sine effectu [85]) stehn bleiben müssen, zeigen dem unbefangenen Beobachter die andern für die Ungiltigkeit dieses Prälegatstheiles vorkommenden Ausdrucksweisen. So lesen wir im fr. 18 § 2 De his quae ut indignis, wo von einem Prälegate die Rede ist, die Worte: quanquam legatum pro ipsius (d. h. des eingesetzten Erben und Legatars) parte non constitisset etc., d. h. obwohl das einem Erben ausgesetzte Legat für seinen Erbtheil von Anfang an keinen Bestand gehabt hatte [86]), so war doch der Wille des Erblassers beständig darauf gerichtet gewesen, das Prälegat in seinem ganzen Umfange zur Geltung zu bringen [87]). Ferner lesen wir ebenfalls von einem Prälegate im fr. 40 pr. De legatis III cum in parte hereditatis fideicommissum

83) fr. 34 § 1 De legatis II. 31. Vaticana Fragmenta § 88: a semetipsis inutiliter legatum est.

84) *Pfeiffer* Diss. § 6 nota *k*, *v. d. Pfordten* Diss. p. 17 ff. Inutiliter legatum erit, si nullum commodum in eo versabitur heißt es im fr. 1 § 10 D. ad legem Falcid. 35, 2.

85) *Dirksen* Manuale v. inutiliter. So z. B. bedeutet im fr. 51 D. ad legem Falcid. quasi inutiliter legatum dasselbe, was im fr. 76 § 1 D. eod. mit legatum non sit bezeichnet wird. Vgl. noch Gaius II, 218. S. das zweite Capitel Note 14.

86) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 263 sagt von diesem Fragmente: die Stelle bemerkt, das dem coheres ausgesetzte Legat bestehe eigentlich auf den Erbtheil des Prälegatars nicht.

87) Auf das Deutlichste tritt ein solcher Wille auch in dem Falle des fr. 86 D. ad legem Falcidiam hervor. S. das achtzehnte Capitel Note 74.

non constiterit, quam suo iure per bonorum possessionem habiturus est[88]), und im **fr. 15 De his quae ut indignis: partes hereditariae, in quibus legatum consistere non potuit**[89]).

Mit dieser unserer Ansicht einer gleich Anfangs theilweisen Ungiltigkeit des Prälegates steht das **fr. 75 § 1 De legatis II**, das, wie wir gezeigt[90]), mit den bisherigen Theorieen sich gar nicht vereinen läßt, in vollem Einklange, indem es daselbst heißt, derjenige Theil des Prälegates, welchen der Prälegatar sich selbst auszahlen müsse, sey auch dann ungiltig, wenn der Prälegatar, ohne sich über die Erbschaftsantretung irgendwie erklärt zu haben, sterbe, so daß auf dessen Erben nur diejenigen Theile des Prälegates übergehn, welche von den Miterben zu entrichten waren, während der ungiltige Theil in der Erbschaft bleibt und den substituirten Miterben zufällt[91]).

Da nun troß jener Regel das Prälegat dem dazu Berufenen in mehreren Fällen, namentlich wenn er nicht Erbe wird oder bleibt, in seinem ganzen Umfange zufällt, so ist gegen unsere Ansicht der Umwandelung eines Anfangs ungiltigen Rechtsaktes in einen später zu Recht beständigen die **Catoniana regula** hervorgehoben[92]). Jedoch gehört diese Regel, auch abgesehn davon, daß sie in mehreren ihr zu subsumirenden

---

88) Vgl. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 268.

89) Eine theilweise Ungiltigkeit eines Rechtsgeschäfts aus demselben Grunde findet sich in **fr. 18 pr. De contrah. emtione 18, 1**, wo Jemand eine Sache kauft, die ihm zum Theil gehört; hier soll **scisso pretio** der Kauf zum Theil gelten, zum Theil ungiltig sein.

90) S. oben zu Note 10 ff., und hinter Note 49 ff.

91) Vgl. das zwölfte Capitel zu Note 50 und Roßhirt Gemeines Civilrecht Bd. 3 § 693.

92) Vangerow Leitfaden § 523 Anm. a. E. Bd. 2 S. 439.

Fällen keine Anwendung haben kann [93]), nicht hierher [94]). Sie setzt nemlich den Fall voraus, daß ein gerade im Moment der Testamentserrichtung existirender Grund der Giltigkeit eines angeordneten Legates entgegenstehe [94 a]). Davon ist ja aber im vorliegenden Falle keine Anwendung zu machen, weil dieselben juristischen Gründe dem Erwerbe des ganzen Legates ebenso im Momente der Testamentserrichtung entgegenstehn, als sie im Todesmomente des Erblassers und noch bei dem Antritte der Erbschaft hinderlich sind. Denn wenn auch der Erblasser augenblicklich nach errichtetem Testamente stirbt, so muß das Prälegat in seinem vollen Umfange gelten, wenn nur sogleich der Prälegatar die Erklärung, daß er die Erbschaft repudiire, abgibt [95]).

Die hier allerdings auffallende Erscheinung des Convalescirens [96]) läßt sich also erklären. Die anfängliche Ungiltigkeit eines Theiles am Prälegate ist rein aus Rechtsprincipien hervorgegangen [97]) und steht mit dem Willen des Testators in

93) fr. 1 pr. De regula Caton. 34, 7. Catoniana regula ... in quibusdam (scil. legatis) falsa est. Vgl. über diese Fälle Arndts im Rheinischen Museum Bd. 5 S. 206 ff.

94) *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad l. 87 sqq. De legatis I; besonders *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 32. Regula illa ad ea duntaxat pertinet, quae possent valere, si testator diutius viveret, quae regula invalidat, si eadem essent inutilia, statim facto testamento decedente testatore. Einen zweiten Grund gegen die Anwendung der regula Catoniana s. unten Note 104.

94 a) Savigny System Bd. 8 S. 460: Die Regel des Cato betrifft überhaupt nicht die persönliche Fähigkeit des Honorirten, sondern andere Bedingungen eines ungiltigen Legats.

95) *Petrus Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. nr. 4 Opp. posthuma Tom. I p. 314.

96) *Chesius* Interpretationum iuris lib. II cap. 3 nr. 15 ff.

97) In den Basilikenscholien zu lib. 41 tit. 1 l. 85 wird diese

grellem Conflicte [98]). Nun will aber bei der testamentarischen Succession im Allgemeinen das Gesetz den Willen des Erblassers soviel als möglich aufrecht erhalten [99]). Allerdings kann, wenn ein Testator einem Theilerben legirt, nicht auf den Theil, auf welchen er instituirt ist, demselben sowohl Legat als Erbschaft mit Erfolg deferirt werden, sondern es wird, da man die Erbschaft als plenior honor betrachtete, der auf seiner Erbportion lastende Theil des Prälegates nur als Erbschaft deferirt, und somit in seiner Qualität als Legat vernichtet. Sobald es aber feststeht, daß jener auf doppelte Weise Berechtigte gar nicht, oder nicht mehr [100]) als Erbe auftritt, so läßt das Gesetz, mit Berücksichtigung des Willens des Erblassers, dem Honorirten das ganze Legat zuzuwenden [101]),

---

Regel wiederholentlich auf die subtilitas iuris zurückgeführt; ebenso von *Groenewegen* de legibus abrogatis in Hollandia ad fr. 116 § 1 De legatis I. 30: scrupulosa subtilitas a mente testatoris aliena, und von andern Juristen. Der einzige *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 30 § 6 ist der Meinung, daß diese Rechtsregel ebenso auf das ius naturale, als auf das ius civile sich stütze.

98) S. oben den Text zu Note 31 ff. Bei Gelegenheit des hier beweisenden fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9 bemerkt Nettelbladt von Prälegaten S. 16 mit Recht, daß die Juristen selbst sagen, die gesetzliche Disposition sey dem Willen des Testators nicht gemäß. Denn daran denkt allerdings ein umsichtiger Testator, daß dem Erben die Wahl zusteht, entweder Erbschaft und Legat, oder nur Eins von Beiden anzunehmen. Vom fr. 15 D. eod. sagt *Balduinus* Disp. I ex Papiniano cap. 4: hic nimium subtiliter agere noluit noster fisci advocatus, sed benigne potius contra decernit, perinde atque si totum praelegatum ab initio bene constitisset, et ab hereditate omnino separatum fuisset.

99) fr. 130 D. V. S. 50, 16. *Chesii* Interpretationum liber II cap. 3 § 21 ff. in der Iurispr. Rom. et Att. Tom. II.

100) Jenes im Falle der Ausschlagung, dieses in einigen Fällen der Indignität und der Restitution der Erbschaft.

101) benigna interpretatione *Duarenus* ad fr. 18 De legatis I. Opera p. 1157, 1158.

eine neue Delation eintreten, wodurch jener Theil als Legat convalescirt. Denn durch die Repudiation der Erbschaft (aus erlaubten Gründen) ist nicht bloß der Grund weggefallen, aus welchem jene theilweise Ungiltigkeit des Legats als eines solchen entstanden ist, sondern es ist auch noch ein Grund hinzugetreten, welcher das Anfangs Ungiltige in ein Giltiges umschafft [102]), so daß jetzt das ganze Legat **iure legati** erworben werden kann [103]), gleichsam als wenn erst nach der Repudiation oder Restitution des Honorirten der Tag für den auf seiner Erbportion haftenden Vermächtnißtheil als für solchen cedire [104]).

---

102) arg. fr. 11 De Serv. praed. rust. 8, 3; *Barbosa* Tractatus de legatis Opp. posthuma Tom. I p. 314 nr. 4: iuris fictione perinde habetur, ac si nunquam fuisset institutus, et sic propter hanc iuris fictionem supervenientem valebit in totum praelegatum, quasi ab initio non esset relictum instituto.

103) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 264 sagt: Kein Zweifel ist es, daß man unsern Fall anders hätte juristisch bestimmen können, nemlich dahin, daß auch hier das Legat auf den Theil, welchen der Erbe sich selbst auszuzahlen hat, verloren sey; allein, da es sich sogar darum handelte, ob der verzichtende Erbe das Legat überhaupt behalten könne, so wurde bei der Entscheidung dieser Frage von jener Rechtssubtilität abgesehn und nach Billigkeit entschieden.

104) S. das zwölfte Capitel zu Note 37. Dieß ist der zweite Grund, aus welchem die Catoniana regula keine Anwendung auf die Prälegate finden kann. Denn Papinian sagt im fr. 3 De reg. Caton. 33, 7: Catoniana regula non pertinet ad ea legata quorum dies non mortis tempore cedit. Darum faßt Vangerow Leitfaden Bd. II S. 523, 524 den wahren Gehalt dieser Regel so auf: bei allen Legaten, bei denen in Betreff des dies cedens die regelmäßigen Grundsätze gelten, müssen die Requisite ihrer Wirksamkeit im Augenblick der Testamentserrichtung vorhanden sein, während bei denjenigen Legaten, bei denen in Betreff des dies cedens eine Anomalie Platz greift, auf den Augenblick des dies cedens Rücksicht genommen werden muß. Vergl. Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 39 S. 141, 144.

Behält nun gleich diese Lösung der Frage über die Convalescenz noch immer etwas Unbefriedigendes, so tritt nicht minder dieselbe mehr oder weniger unerklärliche Erscheinung auch nach der zweiten Ansicht ein. Denn ist nach dieser Ansicht durch die Antretung der Erbschaft der eine Theil des Prälegates ungiltig geworden, auf welchem Wege wird er nun wieder giltig, wenn der **suus heres** abstinirt, wenn dem Erben wegen der Uebernahme der Restitution der Erbschaft an einen Unfähigen nur diese entzogen wird, oder wenn er sie einem Universalfideikommissar restituiren muß? Pfordten (p. 45) erklärt dieß so: das Fortbestehn der Ungiltigkeit dieses Theils **iubet ius strictum**, aber die Aufhebung der Ungiltigkeit **suadet aequitas**, der hier gefolgt wird.

In den meisten Fällen wird daher jene civilrechtliche Regel: **heredi a semetipso legatum dari non potest** nur einen formellen Einfluß haben. Denn sowohl wenn einigen Erben ausdrücklich „neben oder außer ihren Erbtheilen" ein Prälegat hinterlassen ist, bleibt stets der Erbantheil am Prälegate ganz **hereditario iure** dem Berechtigten [105]), als auch wenn ein einziger Erbe, sey es sogar der **ex asse heres**, ohne Collegatarien zu haben, mit einem Prälegate bedacht ist [106]). Sogar in allen Fällen, wo mehr als zwei Erben auf dasselbe Prälegat concurriren, wird dieser Theil des Prälegates, mit welchem die Erbportion eines Jeden belastet ist, ihm ganz oder theilweise bleiben können [107]).

105) fr. 2 pr. De instructo 33, 7. Vgl. das funfzehnte Capitel Note 30 ff.

106) Wening-Ingenheim Civilrecht Buch V § 70 (Ausgabe von Fritz § 456).

107) Besteht ein Vermögen aus 120, ist A. auf die Hälfte und sind B. und C. Jeder auf ein Viertel instituirt, und ist allen Dreien sechszig prälegirt, so hat A. von seiner Erbportion dreißig,

Daher ist der materielle Einfluß jener Regel **heredi a semetipso legatum dari non potest** auf folgende wenige Fälle beschränkt, in welchen stets alle Theile des Vermächtnisses nur legati iure erworben werden:

1) wenn ein ex asse heres mit einem oder mehreren Andern zu demselben Prälegate berufen ist. In diesem Falle wird das ganze Objekt des Prälegates nur dem einen oder den mehreren Nichterben zu Theil [108]);

2) wenn nur ein Einziger von zwei oder mehreren Erben zugleich mit einem oder mehreren Nichterben bei demselben Prälegate concurrirt. In diesem Falle haben die Nichterben allein auf den in der Erbportion ihres Collegatars steckenden Theil des Prälegates Anspruch, gegen die übrigen Erben aber sind alle Collegatarien gleich berechtigt, so daß daher auch der Erblegatar, wie die übrigen Legatarien, nur **iure legati** das prälegirte Objekt erwirbt [109]);

3) wenn nur zwei Personen zur Erbschaft und zu demselben Prälegate berufen sind. In diesem Falle fällt der Erbtheil des Einen am Prälegate ganz dem Andern, und der Erbtheil des Andern am Prälegate wiederum ganz dem Ersten, und zwar ausschließlich **iure legati** zu [110]).

B. und C. Jeder funfzehn zu dem Prälegate beizusteuern. Da nun Jeder nach unserer Ansicht gleichviel am Prälegate participirt, so geben dem Erfolge nach (iure compensationis) B. und C. gar Nichts ab, sondern sie bekommen Jeder noch fünf vom A. zu; und A. behält zwanzig von seinem Erbtheile zurück.

108) Von diesem Falle allein verstehn Einige das fr. 34 § 11 De legatis I (vgl. das funfzehnte Capitel Note 81), obgleich es so allgemein gefaßt ist, daß es auch für den zweiten Fall paßt.

109) fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Vgl. das funfzehnte Capitel Note 75.

110) fr. 34 § 12 D. eod. Vgl. das sechszehnte Capitel Note 84.

Digitized by Google

Den besten Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht gibt wider seinen Willen Claussen, der entschiedenste Gegner derselben, indem seine Hauptausführung [111]) eigentlich der Widerlegung der Roßhirtschen von uns adoptirten Ansicht bestimmt ist. Obwohl er nemlich (S. 206) behauptet, daß diese Theorie von Widersprüchen erfüllt, den praktischen Resultaten der Römer widerstreitend, also verwerflich ist, so räumt er doch (S. 198) ein, daß dem Prinzipe der **confusio** die anfängliche Nichtigkeit des einen Theiles des Prälegates unstreitig entspricht, weil nach Römischer Ansicht das bloße Zusammensein des Honorirten und Onerirten in derselben Person zur Zeit der Errichtung des Legates eine zur Nichtigkeit führende Unfähigkeit des Subjekts in sich schließt; er gesteht ferner (S. 201), daß eine Nichtigkeit im Momente der Constituirung bei den Prälegaten von den Römern nach strengen Rechtsbegriffen [112]) angenommen sey, und er stellt sogar S. 203 die unserer Ansicht sehr günstige Behauptung auf: verwirft man die Nichtigkeit von Anfang an, so kommt man mit klaren Worten der Römer fr. 18, fr. 116 § 1 D. 30, fr. 34 § 1 D. 31, fr. 18 § 2 D. 34, 9 in Widerspruch; endlich sagt er S. 206: man kann nur eine Nullität **ab initio** annehmen, wenn man überhaupt von der Consequenz aus der **confusio** ausgehn will. Claussen vermag nun nicht einzusehn (S. 203), warum, wenn in einzelnen Fällen die Nichtigkeit wegfällt [113]), der

111) Juristische Zeitschrift. Herausgegeben von dem Schleswig-Holstein-Lauenburgischen Advokatenverein. Jahrgang 1845. Kiel. Erstes Heft. S. 171...196.

112) ratio iuris; S. 191 ex subtilitate iuris.

113) Er behauptet, daß die Nichtigkeit 1) bei der Ausschlagung der Erbschaft, 2) bei der Indignität des Erben, 3) bei der Restitution des Fiduciars, 4) bei dem Wegfall des Prälegatars durch seinen Tod, 5) bei dem Anwachsungsrechte der Prälegatare, und 6) bei dem

gleiche Wegfall nicht überall eintreten könne, weil diese Richtigkeit in allen Fällen gleich unbillig, dem Willen des Erblassers gleich stark widerstreitend ist, und weil in jenen Fällen keine Singularität vorliegt, aus welcher die Aufrechthaltung der Legate hier ausnahmsweise dringender geboten wäre.

Dagegen läßt sich einwenden. Wo der Wille des Testators entschieden dafür spricht, dem Honorirten das ganze Legat zuzuwenden, da muß es ihm auch zugesprochen werden; also namentlich im Falle der Ausschlagung der Erbschaft, weil hierdurch der Honorirte keineswegs den Willen des Erblassers anficht, wodurch er unwürdig werden könnte, das Legat zu erhalten, welches ihm der Testator noch außer der Erbschaft geben wollte. In diesem Falle wäre es also, wie Papinian sagt, eine **durissima sententia** gewesen, ganz oder theilweise dem Repudianten der Erbschaft das Vermächtniß zu entziehn. Eben so hart und unbillig wäre es gewesen, in dem Falle des fr. 18 § 2 De his quae ut indignis dem Erben außer der Erbschaft noch das Prälegat zu entziehn. Es lag hier nemlich keine unwürdige Handlung gegen den Erblasser, sondern nur eine ungesetzliche Handlung vor, indem der Erblegatar

---

Falcidischen Gesetze erwähnt wird; aber er beweist, daß sie im ersten Falle durch fr. 87 D. 30 als zu hart verworfen wird, und daß sie im zweiten Falle nach fr. 18 § 2 D. 34, 9 dem Willen des Erblassers weichen muß. Er behauptet ferner (denn Beweise außer für Nr. 6 können wir nicht finden), daß diese Richtigkeit für den dritten Fall in einer Stelle (fr. 18 § 3 D. 36, 1) angenommen, dagegen in einer andern (fr. 86 D. 35, 2) geleugnet wird, daß sie im vierten Falle nur in einer einzigen Stelle (fr. 75 § 1 D. 31) hervorgehoben wird, die aber nach S. 195 mit sich selber und mit allen praktischen Regeln im Widerspruche steht, und daß sie im fünften Falle nur von einigen Juristen — wofür der Beweis gar nicht angetreten ist — im sechsten Falle allerdings von allen Juristen behauptet wird, aber nur um die dem Willen des Erblassers entgegenstrebende lex Falcidia zu beseitigen.

dem Erblasser versprochen hatte, seine Erbschaft einem Unfähigen zu restituiren; hier soll ihm nun sein Legat ungeschmälert bleiben, da der ungesetzliche, von ihm aber garantirte Wille des Erblassers nicht auf die Restitution von irgend einem Theile des Prälegates gegangen war, also ihn auch die Strafe nicht in Beziehung auf irgend einen Theil des Prälegates treffen konnte. Dagegen in dem Falle, daß der Prälegatar zugleich Fiduciar-Erbe ist, hat Claussen sehr Unrecht, beständig das Zurückbehalten des ganzen Prälegates dem Willen des Erblassers gemäß zu verstatten, indem es hier, wo der Erblasser entschieden eine Restitution dem Honorirten auferlegt hat, ganz allein auf den bewiesenen Willen des Erblassers ankommt, ob und wieviel vom Prälegate zu restituiren war [114]). Daher ist dieser Fall auch nach der Billigkeit verschieden von den beiden vorigen durch die Römischen Juristen entschieden, gerade wie in dem Falle, wenn der Erblegatar ohne Erklärung über den Erbschaftsanfall und den Erwerb des Prälegates gestorben ist, nicht das ganze Vermächtniß auf seine Erben transmittirt werden darf. Hier nemlich blieb die Consequenz der Nichtigkeit bestehn, weil sich der Wille des Erblassers, auch dem Erben seines Erben soviel als seinem unmittelbaren Erben zuzuwenden, nicht herausstellte, also nicht die gleiche Billigkeit in diesem Falle für die Convalescenz des ganzen Prälegates sprach.

Claussens eigene, nach seiner Angabe von den gangbaren Spitzfindigkeiten und Sophistereien einiger Römischen Juristen und Romanisten gereinigte Theorie, welche nach seiner Meinung nicht allein alle Schwierigkeiten beseitigt, sondern auch das Recht der Prälegate mit der Vernunft und Billigkeit

---

114) Man vgl. das achtzehnte Capitel Note 28 ff.

in Einklang bringt, geht dahin [115]): Es gilt das Prälegat in jeder Beziehung [116]) nach dem wahrscheinlich hier allein entscheidenden Willen des Erblassers durchaus als Legat, und die mit dem Willen des Erblassers übereinstimmende Billigkeit, consequent durchgeführt, führt stets zur Nichtnullität der Prälegate in ihrem ganzen Umfange sowohl von Anfang an als nach Antretung der Erbschaft (S. 202, 203).

Die Richtigkeit seiner Ansicht sucht Claussen theils theoretisch, theils praktisch (durch Induktion) zu beweisen. Zuerst theoretisch. Er sagt (S. 157, 159), die confusio ein Erlöschen der Obligationen zu nennen, ist ein verkehrter Ausdruck, indem bei dem Zusammenkommen von Creditor und Debitor in derselben Person nicht einmal in allen Fällen die Obligation nur wirkungslos werde; und zu den Ausnahmsfällen, in welchen troz der confusio die Wirkungen der obligatio fortbestehn, gehören die Prälegate. Dieß beweise fr. 4 D. ad legem Falcidiam [117]). Wäre nemlich ein Theil des Prälegates nichtig, so müßte dieß auch der Fall sein, wenn der Legatar Erbe des Onerirten wird; aber nach diesem Fragmente werde das ganze Legat legati, nicht hereditario iure erworben; also existirt keine Nichtigkeit. Gegen diese Argumentation ist aber Folgendes einzuwenden. In dem Falle des fr. 4

115) a. a. O. S. 150 ff.

116) Denn die hiermit nicht harmonirende Anrechnung in die Falcidische Quart ist billig (S. 207). — Die Römer nahmen durch die Anwendung der Grundsätze über die confusio auf diese Verhältnisse den Satz, daß eigentlich der Theil des Legates, welchen der Erbe an sich selber auszuzahlen habe, erlösche, gern an, um dem Erben diesen Theil in die Falcidische Quart einrechnen zu können S. 177.

117) **Fundo legato mihi sub conditione, pendente legati conditione heres me heredem instituit, ac postea legati conditio exstitit; in Falcidiae ratione fundus non iure hereditario, sed legati meus esse intelligitur.**

konnte von einer anfänglichen Richtigkeit gar nicht die Rede sein, indem nach des Testators Willen der Erbe und der Legatar verschiedene Personen waren, auch die bedingt legirte Sache dem Erben bei dem Ausfalle der Bedingung, und beim Eintritte der Bedingung der von dem Erben ganz verschiedenen Person des Legatars zufallen sollte. Nachdem nun aber, während die Bedingung noch schwebte, der Erbe gestorben war und eben diesen Legatar zu seinem Erben eingesetzt hatte, war derselbe unter allen Umständen zu der legirten Sache berechtigt. Denn beim Ausfalle der Bedingung mußte sie ihm als dem Erben des Erben, beim Eintritte der Bedingung ebenfalls ihm, als dem ursprünglichen Legatar, zufallen. Da nun nach der letzten Erbeseinsetzung die Bedingung eintrat, so hatte er sie als Legatar, welcher Erwerbtitel ihm auch wegen Berechnung der Falcidischen Quart vortheilhafter war; eine Confusion war hier gar nicht eingetreten [118]); also möchte dieß Fragment hier unbeweisend sein; und gesetzt, es enthielte eine Analogie für Claussens Behauptung, so stünde diese doch mit direkten Aeußerungen der Quellen in klarem Widerspruch [119]).

Den praktischen Beweis führt Claussen S. 191 also: wäre ein Theil des Prälegates nichtig, so könnte der Prälegatar ihn nicht bekommen; er bekommt ihn aber immer, und zwar in der That nicht als Universalsuccessor [120]), sondern als

118) Wenigstens gewiß nicht in dem Falle, wenn Papinian die Ansicht der Prokulejaner (Gaius II, 200) theilte, wornach die per vindicationem legirte Sache, während die Bedingung schwebte, nullius war.

119) S. z. B. oben Note 113.

120) Daß man eine pars praelegati als heres habe, sey begriffsmäßig gar nicht möglich; es sey ein logischer Widerspruch, da man in singulam rem nicht als Erbe succediren könne S. 193. Wie mag es wohl Claussen erklären, daß die Erbschaftsklage auch gegen

Singularsuccessor, also ist das Prälegat in allen Theilen rechtsgiltig; allerdings hätten die Römischen Juristen, wie öfters (S. 204 ff.), ein falsches, irrationales (S. 178) Dogma hingestellt, aber in der Anwendung es verlassen; nur scheinbar hätten die Römischen Juristen die Theorie der **confusio** festgehalten (S. 206 ff.), in der Wirkung sie aber durch ihre Entscheidungen, welche vom Gegentheile der aufgestellten Theorie Folgesätze sind, verworfen. Dieß ergebe sich daraus:

a) daß der Prälegatar als solcher niemals Universalsuccessor ist, und auch nicht für die Schulden haftet [121]);

b) in die Falcidische Quart muß der Prälegatar sich Dasjenige, was er **hereditario iure** bekommt, einrechnen lassen [122]);

c) der Prälegatar hat keine andern Ansprüche auf Eviktion, als der Legatar [123]);

d) in der Verbindlichkeit zur Restitution der **hereditas** liegt für den Proprietar nicht die Verpflichtung, den ihm selber auferlegten Antheil mit zu restituiren; und

e) ein Prälegat wird an mehrere Collegatarien zu gleichen Theilen vertheilt [124]); endlich

---

einen solchen pro herede possessor angestellt werden durfte, qui unam rem possidebat fr. 4 De hered. petit. 5, 3?

121) Man vgl. dagegen das vierte Capitel zu Note 27 und das dreizehnte Capitel Note 76 ff.

122) Dieser Satz, den Claussen auf die mannichfachste Art zu motiviren sucht, steht mit seiner Theorie in offenbarem Widerspruche.

123) Auch dieser Satz ist nicht ganz richtig, wie wir im vierzehnten Capitel bewiesen zu haben glauben; allerdings aber können wir dem polemischen Theil seiner Ausführung nur beistimmen.

124) Wegen der Unrichtigkeit beider Behauptungen in ihrer Allgemeinheit ist bereits im vierten Capitel hinter Note 25 auf die widerlegenden Quellenzeugnisse verwiesen; der ausführliche Nachweis

f) das ganze Prälegat geht ohne die Erbschaft auf die Erben des Prälegatars über [125]).

Gäbe sich Claussens Ansicht nicht als eine aus dem Römischen Rechte abstrahirte aus, sondern stellte er sie als einen Entwurf de lege ferenda hin, so könnte man allerdings derselben den Beifall zollen, der ihr jetzt als einer quellenwidrigen Ansicht versagt werden muß.

---

der Unrichtigkeit erfolgt im achtzehnten Capitel Note 29 ff. und im funfzehnten Capitel Note 75 ff.

125) Den Beweis dieser Behauptung vermag Claussen nur zu führen, indem er fr. 75 § 1 De legatis II. 31 als eine unrichtige, dem verwerflichen strictum ius entsprungene Entscheidung seiner Ansicht über organische Einheit im Rechte opfert, was aber die Schwierigkeit nicht lösen, sondern zerhauen heißt.

Digitized by Google

Siebentes Capitel.

Die Subjekte der Prälegate.

Unter den Subjekten bei den Prälegaten kann man dreierlei Personen zusammenfassen: diejenigen, welche sie errichten, diejenigen, welche damit honorirt werden, und die damit belasteten Personen.

Prälegate zu errichten ist Jeder befugt, der testiren kann; und hinsichtlich dieser Befugniß zeigt sich gar kein Unterschied von den gewöhnlichen Legaten.

Die Frage, Wer mit Prälegaten honorirt werden kann, ist ebenso wie die Frage, Wem Prälegate auferlegt werden können, schon im fünften Capitel beantwortet, wo der Begriff der Prälegate erörtert ist. Hier bleiben nur noch folgende wenige Bemerkungen übrig. Honorirt kann Jeder mit einem Prälegate werden, der erben kann; und wenn er wirklich direkter Theilerbe wird, mag dieß auf den Grund eines Testaments oder der gesetzlichen Erbfolge oder nach heutigem Recht auf Grund eines Vertrages geschehn, so kann er auch das Prälegat erwerben.

Digitized by Google

In der Regel finden wir nur einen einzigen von mehreren Erben honorirt [1]), nur selten einige von ihnen [2]), oder gar alle [3]); und zwar finden wir diese Personen entweder allein mit dem Prälegate bedacht, oder sie haben hin und wieder einen [4]) oder einige [5]) Nichterben zu Collegatarien [5a]). Am

1) z. B. fr. 4 pr., fr. 8 pr., fr. 42 D. fam. herc. 10, 2; fr. 54, fr. 58 De peculio 15, 1; fr. 17 § 2, fr. 67 pr., fr. 91 § 2 De legatis I. 30; fr. 34 § 3, fr. 77 pr. § 8 § 26 De legatis II. 31; fr. 34 § 2, fr. 93 § 5 De legatis III. 32; fr. 32 § 8, fr. 33 pr. De usufr. leg. 33, 2; fr. 20 pr. De instructo 33, 7; fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9; fr. 44 § 10 De cond. et demonstr. 35, 1; fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3. Daher wird auch von vielen Juristen (vgl. das fünfte Capitel Note 169) der Begriff des Prälegates auf diesen Fall beschränkt, z. B. von *Balduinus* Comm. ad § 2 I. 2, 20: non nisi uni ex heredibus proprie praelegabatur; von *Lauterbach* Collegium theoretico practicum lib. 30 § 4: per praeceptionem solummodo uni ex heredibus legabatur.

2) fr. 22 § 1 D. fam. herc. 10, 2; c. 7 C. de legatis 6, 37. Mehr Beispiele im fünften Capitel Note 170.

3) fr. 39 § 4 D. fam. herc. 10, 2; fr. 35 De hered. instit. 28, 5; fr. 17 pr. De testam. milit. 29, 1; noch andere Beispiele im fünften Capitel Note 171. Zu verschiedenen Prälegaten sind alle Erben berufen im fr. 25 De adimendis 34, 4, sowie im fr. 22 pr. D. ad legem Falcid. 35, 2. Im Testamente des Bischofs Perpetuus (*Spangenberg* Tabulae solemnium negotiorum p. 82) sind alle Erben zum Prälegate eines Landhauses berufen.

4) fr. 7 De usufr. accrescendo 7, 2; fr. 34 § 11 De legatis I. 30; fr. 88 § 3 De legatis II. 31; fr. 94 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

5) fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Im Testamente des Presbyter Aredius ist die eine Hälfte eines Gutes dem Universalerben, die andere Hälfte mit den Gebäuden Mönchen legirt. *Spangenberg* a. a. O. p. 113, 114.

5a) Wenn gleich hier Nichterben Collegatarien von Erben sind, so können wir doch das Vermächtniß in Beziehung auf die Nichterben keineswegs ein Prälegat nennen, so daß die Definition von *Cuja-*

häufigsten finden wir in den Quellen Verwandte [6]) mit Prälegaten bedacht, namentlich Kinder [7]), auch Pflegekinder [8]), Eltern [9]), Vater [10]) sowohl als Mutter [11]), Geschwister [12])

---

cius Paratitla in lib. 6 Codicis tit. 38 unrichtig scheint: Praelegatum vel praecipuum dicitur legatum, quod verbis directis ab herede instituto testator coheredi *vel alii* relinquit.

6) fr. 3 § 3 De usuris 22, 1; fr. 67 § 4 De legatis II. 31; fr. 38 § 8, fr. 40 pr. De legatis III. 32.

7) fr. 32 De dolo malo 4, 3; fr. 8 De usufr. accresc. 7, 2; fr. 20 § 3, fr. 32, fr. 39 § 4 D. fam. herc. 10, 2; fr. 18 § 1 De cond. inst. 28, 7; fr. 87, fr. 88, fr. 89, fr. 90 pr. § 1 De legatis I; fr. 34 § 1, § 6, fr. 77 pr. § 8, § 19, § 26, fr. 88 pr. § 2, fr. 89 pr. § 4 De legatis II; fr. 27 § 1, fr. 34 § 1 § 3, fr. 39 § 2, fr. 41 § 3, fr. 64, fr. 91 pr., fr. 92 pr. De legatis III; fr. 21 § 5 De annuis 33, 1; fr. 32 § 6 De usufr. leg. 33, 2 (im § 1 desselben Fragments liegt kein Prälegat der richtigen Ansicht nach vor); fr. 14 De dote praeleg. 33. 4; fr. 2 pr. De instructo 33, 7; fr. 26 De peculio legato 33, 8; fr. 16, fr. 32 § 4 De auro 34, 2; fr. 23, fr. 31 pr. De adimendis 34, 4; fr. 12, fr. 17 § 2 § 3, fr. 70, fr. 77 pr., fr. 101 pr. De cond. et demonstr. 35, 1; fr. 22 pr., fr. 94 D. ad legem Falcid. 35, 2; fr. 3 § 4, fr. 56 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 8 § 1, fr. 18, fr. 22 De legat. praest. 37, 5; fr. 17 § 3 De doli mali exc. 44, 4; c. 24 C. fam. herc. 3, 36; c. 1 C. si certum pet. 4, 2; c. 2 C. de iure dot. 5, 12; c. 7 pr., c. 12 C. de legatis 6, 37; c. 16 C. de fideic. 6, 42; c. 1 C. de except. 8, 36; Novella 18 cap. 7; Novella 107 cap. 1.

8) fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2. Wegen fr. 102 § 2 De legatis III. 32 siehe das erste Capitel Note 32.

9) fr. 8 § 1 De legat. praest. 37, 5.

10) fr. 6 D. eod.

11) fr. 31 § 1 De adimendis 34, 4; fr. 15 § 7 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

12) fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2; c. 7 C. de legatis 6, 37. Der Zweifel, ob in diesem Reskript unter den Brüdern die des Testators oder die des Bittstellers gemeint sind, wird sowohl in der Summa

und einen Schwestersohn [13]) des Erblassers. Dafür, daß auch andere als verwandte Personen, z. B. der Regent [14]), die Frau des Erblassers [15]), oder ein Freigelassener desselben [16]) mit Prälegaten bedacht sind, fehlt es natürlich auch nicht an Beispielen [17]).

Haben diejenigen Juristen [18]) Recht, welche nach c. 8 C. de heredibus instituendis 6, 24 behaupten, daß nicht jede anerkannte juristische Person zum Erben eingesetzt werden kann, wenn sie nicht dazu besonders privilegirt ist, daß sie aber stets mit einem Vermächtniß honorirt werden kann, so muß unzweifelhaft jede nicht so privilegirte juristische Person, wenn sie sowohl mit einer Erbportion, als mit einem Legate von

---

Perusina, als in den Basiliken für die Ersten entschieden. In der Summa Perusina wird nemlich der Inhalt dieses Reskripts so wiedergegeben: Fundum, quem pater fratribus as (d. h. suis) dedit, tibi legavit, et a te queritur (soll heißen quaeritur für adquiritur). *Heimbach* Anecdota Tom. II p. 96; und in den Basiliken lib. 44 tit. 4 l. 32 lautet dieß Reskript so: *ἐάν τις κτῆμα κατ' ἐξαίρετον τοῖς ἀδελφοῖς αὐτοῦ ὡς ληγάτον καταλιπών* etc.

13) fr. 32 De legatis III. 32.

14) fr. 30 § 4, § 5 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

15) fr. 34 § 3, fr. 77 § 12 De legatis II. 31; fr. 41 § 2 De legatis III. 32; fr. 17 pr. De dote prael. 33, 4; fr. 51, fr. 78 § 14 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

16) fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5; fr. 27 § 3 De instructo 33, 7.

17) z. B. fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2. In den bei Spangenberg angeführten Testamenten der Geistlichen sind die Erben und Prälegatarien lauter Fremde.

18) Zu den von Arndts (in Weiske Rechtslexikon Bd. 3 S. 914, Bd. 6 S. 287) genannten Anhängern dieser Lehre kann man noch hinzufügen Göschen Pandektenvorlesungen § 792 Note 4, und Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 S. 481.

demselben Erblasser bedacht ist, zwar nicht die Erbschaft, aber doch das ihr zugesagte Prälegat in seinem ganzen Umfange, wenn gleich als simples Legat vollständig erwerben können. Diejenigen Erben, welchen nicht über eine bestimmte Quote hinaus die Erbschaft hinterlassen werden durfte, waren in dem Erwerbe von Prälegaten unbeschränkt.

Ganz singulär und daher strikt zu interpretiren ist der Rechtssatz, daß zur Erlangung prälegirter Alimente Derjenige berechtigt ist und bleibt, welcher durch seine Verurtheilung zur Deportation [19]) oder in die Bergwerke [20]) unfähig ist (oder wird), andere Vermächtnisse oder die Erbschaft zu erwerben. Deshalb können wir nicht mit Burchardi übereinstimmen [21]), welcher das hier von Alimenten Gesagte nicht bloß von dem **legatum habitationis**, sondern auch von dem **legatum operarum** behauptet, sich theils darauf stützend, daß die **habitatio** und die **operae** nicht durch **capitis diminutio** verloren gehn, theils darauf, daß in fr. 16 **De interdictis et relegationibus** 48, 22 dem Deportirten nach den Worten des kaiserlichen Reskripts verstattet wird, **ad victus et alios usus necessarios sufficientia relinquere et relicta capere**. Aber die erste Stütze ist nicht haltbar. Denn die Stellen, nach welchen sowohl die **operae** als die **habitatio** durch **capitis diminutio** nicht verloren gehn sollen, sind nur von der **minima capitis diminutio** zu verstehn, indem jene Rechte wenigstens seit der c. 16 C. **de usufructu** 3, 32 gewiß durch die

19) fr. 116 De interd. et relegat. 48, 22.

20) fr. 11 De alimentis 34, 1; fr. 3 pr. De his quae pro non scripto 34, 8.

21) System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 372 S. 1208.

magna capitis diminutio des Berechtigten aufhören müssen [22]. Und was jene Worte des Reskripts betrifft, so sind dieselben wohl nur von Speise und Trank, der nöthigen Kleidung und der Gewährung des Obdachs [23]), keineswegs aber von den **operae servorum** zu verstehn.

Hert [24]) macht darauf aufmerksam, daß nach einzelnen Statuten Prälegate den Kindern zu hinterlassen verboten war, und citirt die Hamburger Statuten (**Pars III tit. 2 art. 4**), welche die Erlaubniß der Eltern nur auf wohlgewonnene Güter beschränkten [25]).

Auch ist die Frage aufgeworfen, ob in Ermangelung solcher Statuten, wenn ohne geschlossene Einkindschaft [26]) ein Testator mit Hinterlassung von Kindern zweiter Ehe stirbt, diesen Kindern prälegirt werden darf? eine Frage, die nur mit der Beschränkung zu bejahn ist, daß nicht der Pflichttheil der andern Kinder verletzt werde [27]).

In Beziehung auf die belasteten Personen endlich zeigt sich folgender Unterschied von den simpeln Legaten. Während bei diesen jeder einzelne Erbe, und nach neuerm Rechte auch jeder Vermächtnißnehmer mit einem simpeln Legate beschwert werden kann, findet bei Prälegaten eine solche Belastung nur Statt in Beziehung auf die Gesammtheit der Erben. Denn nur wenn alle Erben mit Einschluß des Honorirten mit einem

---

22) v. Buchholtz Versuche S. 185 ff.; Schilling Institutionen § 200 Note u u. v.

23) legatis alimentis et habitatio debebitur fr. 6 De alimentis 34, 1.

24) Diss. de praelegatis § 9.

25) Siehe im dritten Capitel Note 33.

26) Siehe im neunten Capitel Note 42.

27) Die Literatur dieser Frage bei Hert Diss. § 9.

Legate belastet sind, zeigt sich das eigenthümliche Wesen des Prälegates in seinem vollen Umfange, obwohl wir als anomale Prälegate auch diejenigen gelten lassen, wobei als belastet nur ein Miterbe oder einige oder alle Miterben des Honorirten erscheinen [28].

28) Vgl. das fünfte Capitel zu Note 242 ff.

Digitized by Google

Achtes Capitel.

Die Objekte der Prälegate.

Als Objekte der Prälegate finden wir in den Quellen am häufigsten körperliche Sachen angegeben; und zwar wird das Eigenthum daran bald an einer einzelnen Sache [1]) oder an mehreren [2]), bald an einer sogenannten universitas rerum [3]) legirt. Wir sehen eben so gut bewegliche [4]) als unbeweg-

1) una aliqua re § 9 I. de fid. her. 2, 23; unius rei praeceptio fr. 22 § 1 D. fam. herc. 10, 2; duobus eadem res legata fr. 67 § 1 De legatis I. 30; praecepta aliqua re fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

2) duabus pluribusve rebus § 9 I. de fid. her. 2, 23; plurium rerum praeceptiones fr. 70 De cond. et dem. 35, 1; ea quae dedit fr. 77 § 12 De legatis II. 31; praedia illa fr. 77 pr. De cond. et dem. 35, 1; rerum provincialium, rerum Italicarum fr. 35 pr. De her. inst. 28, 5; quibusdam rebus fr. 27 § 14 D. ad SCtum Treb. 36, 1; c. 1 C. si cert. pet. 4, 2; c. 2 C. de codicillis 6, 36; fundi fr. 33 D. fam. herc. 10, 2, fr. 78 § 13 D. ad SCtum Treb. 36, 1; quatuor praedia fr. 31 § 1 De adim. 34, 4, urbana praedia, rustica, ceterae res fr. 17 pr. De test. mil. 29, 1; rationes fr. 8 pr. D. fam. herc. 10, 2. Westphal von den einzelnen Vermächtnißarten § 730.

3) Instrumentum tabernae ferrariae fr. 88 § 3 De legatis II. 31; ornamentum meum muliebre cum auro et si qua alia muliebria apparuerint fr. 32 § 4 De auro 34, 2.

4) servus fr. 32 De dolo malo 4, 3; fr. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2; fr. 67 pr. De legatis I. 30; fr. 1 § 17 De adq. vel am. poss. 41, 2; Stichus fr. 91 § 2 De legatis I. 30; servus actor fr. 8 pr. D. fam. herc. 10, 2; certi homines ..... Stephanus cum peculio fr. 39 § 4 D. fam. herc. 10, 2. Ueber fr. 34 § 3 De legatis II. 31 s. Note 48.

Digitized by Google

liche[5]) Sachen prälegirt. Hin und wieder finden wir außer den Grundstücken noch deren Inventar und andere dahin gehörige Accessionen an einzelne Erben vermacht[6]). Ferner se-

5) domus fr. 33 pr. De usufr. leg. 33, 2, fr. 26 De pecul. leg. 33, 8; domus mea et paterna fr. 86 pr. De legatis II. 31; fundus § 9 I. de fideic. her. 2, 23; fr. 34 § 12, fr. 104 § 4, fr. 116 § 1 De legatis I. 30; fr. 67 § 4 (vgl. *Jensii* Stricturae ad Pand. p. 242); fr. 89 § 4 De legatis II. 31; fr. 39 § 2, fr. 93 § 5 De legatis III. 32; fr. 17 § 2 § 3, fr. 44 § 10 De cond. et dem. 35, 1; fr. 1 § 16, fr. 72 D. ad SCtum Treb. 36, 1; fr. 48 De iure fisci 49, 14; c. 24 C. fam. hercisc. 3, 36; Fortidianus fundus c. 7 pr. C. de legatis 6, 37; possessio fr. 27 § 1 De legatis III. 32; regio fr. 41 § 2 D. eod. praedium fr. 25 De adimendis 34, 4; fr. 18 § 2 De his quae ut 34, 9; fr. 101 pr. De cond. et dem. 35, 1; c. 12 C. de legatis 6, 37; praedium Tusculanum fr. 77 pr. De legatis II. 31; praedia fr. 77 § 8, § 26 D. eod.; fr. 77 pr. De cond. et dem. 35, 1; fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; horti fr. 40 § 1 De legatis III. 32.

6) praedia, ut instructa erant, cum servis (fr. 54 De peculio 15, 1) et ceteris rebus ut quidquid ibi esset fr. 58 D. eod.; fundi instructi cum suis villicis et reliquis colonorum fr. 20 pr. De instruct. 33, 7; duo fundi cum mancipiis et instrumento omni fr. 31 pr. De adimendis 34, 4; agellus cum instrumento et his quae in eodem erunt cum moriar, familiaque, quae in eo fundo moratur fr. 27 § 3 De instructo 33, 7 (vgl. *Averanius* Interprett. II, 28); domus cum instrumentis et quidquid ibi fuerit fr. 94 D. ad legem Falcidiam 35, 2; possessio et praedium cum eius dotibus (griechisches Codicill) fr. 34 § 1 De legatis II. 31; regio Umbriae cum omnibus, qui ibi erunt et mancipiis rusticis vel urbanis et actoribus fr. 41 § 2 De legatis III; certa praedia, quaeque in his mortis tempore sua essent fr. 64 eod.; praedia cum reliquis actorum et colonorum fr. 91 pr. D. eod. (*Cuiacius* Comm. in libr. VII resp. Papin. zu dieser Stelle und *Averanius* Interprett. III, 20 § 13); fundi cum casulis et custodibus omnium horum fundorum et cum his omnibus agris, qui ad coniunctionem cuiusque eorum fundorum emtione vel quolibet alio casu obtigerint, item cum omnibus mancipiis, pecoribus, iumentis, ceterisque universis speciebus, quae in iisdem fun-

hen wir als Objekte der Prälegate bald speciell [7]), bald nur generell bestimmte Sachen [7a]), bald relativ [8]) oder absolut bestimmte [9]), einmal [10]) oder mehrmals [11]) zu zahlende Geldsummen genannt.

---

dis quove eorum cum moriar erunt fr. 92 pr. D. eod.; domu mea et paterna cum omnibus quae ibi sunt (argentum, supellex, mancipia, nicht aber nomina debitorum) fr. 86 pr. De legatis II. 31.

7) certae species fr. 32 De legatis III; certa fr. 94 D. ad legem Falcid. 35, 2; certa praedia fr. 27 § 1, fr. 34 § 3, fr. 64 De legatis III. 32.

7 a) servus generaliter per optionem legatus fr. 18 pr. D. fam. herc. 10, 2.

8) z. B. soviel soll die jüngere erbende Tochter als Brautgabe erhalten, als die ältere bereits bei Lebzeiten vom Testator empfangen hatte fr. 14 De dote praeleg. 33, 4; wegen fr. 14 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2 siehe das siebzehnte Capitel Note 5.

9) trecenti aurei fr. 23 De adimendis 34, 4; ducenti fr. 1 § 17 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; centum aurei fr. 69 pr., fr. 77 pr. De legatis II; fr. 26 De pecul. leg. 33, 8; centum fr. 7 D. si quis omissa 29, 4; fr. 125 De legatis I; fr. 27 pr. De legatis III; fr. 93 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 1 § 21, fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; legatum in quo centum erant fr. 4 § 11 De doli mali exc. 44, 4; centum nummi fr. 109 De cond. et dem. 35, 1; viginti aurei fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; decem fr. 104 § 3 De legatis I; fr. 43 pr. De cond. et dem. 35, 1; quinquaginta millia nummorum Plinii Epist. 10, 79.

10) pecuniae sors fr. 8 De alimentis 34, 1; pecunia fr. 91 D. ad leg. Falcidiam 35, 2; pecunia .... aliud quidquam fr. 34 § 3 De legatis II. 31; certa summa § 9 I. de fideic. her. 2, 23; certa pecunia fr. 90 D. ad leg. Falcid. 35, 2; certa pecuniae quantitas fr. 48 De iure fisci 49, 14; certa quantitas fr. 13 § 6 De her. pet. 5, 3; fr. 5 § 15 De donat. inter virum 24, 1; aliqua summa fr. 63 § 3 D. ad SCtum Treb. 36, 1. Von Seuffert Pandekten § 605 Note 2 und von Mühlenbruch Pandekten § 735 Note 1 wird auch fr. 88 § 1 De legatis II. 31 (pro hoc tot aureos e medio praecipito) als Beispiel eines Prälegates angeführt, aber man vergleiche das erste Capitel Note 37.

11) Monatlich zehn Dukaten bis zur erlangten Volljährigkeit zu zahlen fr. 21 § 2 De annuis 33, 1.

Die prälegirten Gegenstände können ferner entweder eigene [12]) oder fremde [13]) sein. Dieß Letzte beweist für das Justinianeische Recht Pomponius im fr. 72 D. ad SCtum Trebell. [14]). Ein Erbe, heißt es hier, ist gebeten, seine Erbschaft praecepto fundo einem Dritten zu restituiren. Es findet sich, daß dieses Grundstück nicht dem Erblasser gehört. Hier kann allerdings über den Willen des Testators gezweifelt werden, ob er dem Fiduciar dieses Grundstück jedenfalls oder nur unter der Voraussetzung zuzuwenden beabsichtigt hat, daß dasselbe in seinem Eigenthume stand; Aristo jedoch, dem Pomponius beipflichtet, spricht sich für die erste Annahme aus [15]), so daß der Fiduciar jedenfalls den Werth dieses Grundstückes zu dessen Ankauf aus der Erbschaftsmasse zurückbehalten darf [16]),

12) horti mei fr. 40 § 1 De legatis III. 32; testatoris domus fr. 33 pr. De usufr. leg. 33, 2. In den Vatikanischen Fragmenten § 256 scheinen propria praedia vom Vater der Tochter prälegirt zu sein.

13) Gaius II, 222; Pauli Rec. Sent. III, 6, 1; *Hertius* Consilia et Responsa. Resp. 469 § 5: Da bekannt ist, testatorem uti legata etiam praelegata in re heredis dare posse; Derselbe Resp. 408 § 6 ... § 8.

14) Heres praecepto fundo rogatus erat hereditatem restituere, fundus alienus erat; Aristo aiebat, videndum, utrum omnimodo penes heredem fundum esse voluit testator, an ita demum, si ipsius est; sed sibi superius placere; ideoque aestimatio eius retinenda est.

15) Hierin zeigt sich ein Unterschied zwischen einem solchen Prälegatar und dem simplen Legatar, indem es Sache des letztern ist, den Beweis zu führen, der Erblasser habe gewußt, die Sache sey eine fremde § 4 I. de legatis 2, 20. Vgl. c. 10 C. eodem 6, 37.

16) Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 129 Note 11. *Nieto* de praelegatis cap. 3 § 19 behauptet, hierin zeige sich ein Unterschied zwischen dem Präceptions- und dem Damnationslegate. Hätte das letztere vorgelegen, so hätte das Grundstück für den Fiduciar gekauft werden müssen; hingegen das Präceptionslegat

ohne daß im vorliegenden Falle noch eine persönliche Klage anzustellen nöthig ist. Ein zweites Beispiel von legirten fremden Sachen gibt uns derselbe Pomponius im **fr. 25 § 22 D. fam. hercisc.** [17]). Hier ist eine Geldsumme prälegirt, welche

---

verlange, daß e media hereditate dem Legatar das Objekt übergeben werde; daher könne nur eine in der Erbschaft befindliche Geldsumme, nicht aber das zur Erbschaft gar nicht gehörige Grundstück im Gefolge des Präceptionslegates dem Prälegatar übergeben werden. Diese Unterscheidung zwischen dem Erfolge des Präceptionslegates in dem Falle einer fremden legirten Sache und des Damnationslegates ist unbegründet. Denn Gaius (Comm. II, 202) sagt: quo genere legati (scil.: per damnationem) etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et praestare, *aut aestimationem eius dare* debeat, und von diesem letzten Rechte wird im vorliegenden Falle Gebrauch gemacht. Vgl. fr. 61 D. ad legem Falcid. 35, 2, wo *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 97 noch aus andern Gründen ein Damnationslegat mit Recht annimmt.

17) Si pecunia, quae domi relicta non est, per praeceptionem relicta sit, utrum universa a coheredibus praestanda sit, an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in hereditate relicta esset, dubitatur; et magis dicendum est, ut id praestandum sit, quod praestaretur, si pecunia esset inventa. Die Frage, um die es sich hier handelt, hat Sintenis in der Uebersetzung dieser Stelle mißverstanden. Er übersetzt nehmlich: Es fragt sich, ob es von den Miterben (nach Kopftheilen) oder nach Verhältniß ihrer Erbantheile zu entrichten sey. Sintenis hat das Wort universa offenbar übersehn, und hätte übersetzen müssen: es fragt sich, ob das Prälegat ganz und allein von den Miterben, oder nach Verhältniß der Erbantheile (von allen Erben mit Einschluß des Prälegatars) zu entrichten sey. Die hierhin gehörige Basilikenstelle 42, 3, 25 lautet bei Heimbach Tom. IV p. 268 in der Uebersetzung also: Si qui pecuniam non habebat, uni ex heredibus pecuniam legavit, universam heredes non praestant, sed imputatur ei pars eius, quemadmodum si pecunia relicta esset. Verständlicher und genauer an den griechischen Text sich anschließend, möchten die letzten Worte so heißen: universum coheredes non praestant .... quemadmodum si pecuniam (in hereditate) invenissent. Das καταλείφθησαν gibt ein Scholion mit εὑρισκομένων (νομισμάτων) wieder.

der Erblasser nicht baar besitzt. Zu dieser Summe müssen alle Erben beisteuern, gerade so, als wäre das Geld in der Erbmasse vorhanden. Weigern sich aber die Miterben in einem solchen Falle, die auf ihren Erbtheil treffenden Summen zu zahlen, so muß, wie Gaius referirt [18]), der Richter befehlen, daß eine Erbschaftssache oder so viele verkauft werden, bis der Ertrag die Höhe der prälegirten Geldsumme erreicht, und diesen Ertrag muß der Richter an den Prälegatar zahlen lassen [19]). Sehr nahe dem Legate fremder Sachen steht das verpfändeter Sachen. Sind solche prälegirt, so müssen dieselben, wenn der Testator nicht ausdrücklich anders disponirt hat [20]), ex communi pecunia eingelöst werden [21]), und so lange einer der mehreren Erben den auf seinen Erbtheil treffenden Beitrag zur Bezahlung dieser Pfandschulden noch nicht gegeben hat, so lange kann der zu einem verpfändeten Objekte berechtigte Prälegatar diesem säumigen Erben die Herausgabe des von ihm etwa diesem Säumigen zu leistenden Theiles eines andern Prälegates verweigern [22]).

---

18) fr. 26 D. fam. herc. 10, 2: Officio autem iudicis convenit, iubere rem hereditariam venire unam pluresve, pecuniamque ex pretio redactam ei numerari, cui legata sit.

19) fr. 12 pr. De legatis II. 31; fr. 88 De V. S. 50, 16. Das Scholion 22 zu den Basiliken 42, 3, 25 bei Heimbach Tom. IV p. 268, 269.

20) fr. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

21) fr. 28, fr. 33 D. fam. herc. 10, 2; Burchardi System und innere Geschichte des Römisch. Privatrechts § 372 S. 1215.

22) fr. 33 D. fam. herc. 10, 2. Sintenis in dem Deutschen corpus iuris civilis zu dieser Stelle Bd. 1 S. 832, 833. Dafür spricht auch der allgemeine Satz legatum adquisitum nunquam damno esse potuit fr. 32 D. mandati 17, 1, den *Leyser* Medd. ad Pand. Vol. VI Spec. 379 Med. II in Beziehung auf ein prälegirtes, im Bau begriffenes Haus sehr anschaulich darstellt. Etwanige rück-

Da die Gesetze keinen Unterschied machen, ob der Testator gewußt oder nicht gewußt hat, daß die prälegirte Sache verpfändet war, so ist dieß für die Leistungsverbindlichkeit der Miterben gleichgiltig [23]. Darin zeigt sich also ein Unterschied des Prälegates von den simpeln Legaten [24], indem man hier annehmen muß, der Erbe ist eine von dem Erblasser so geliebte Person, daß er das Prälegat dem Erben sogar auch in dem Falle hinterlassen haben würde, wenn er die Verpfändung gekannt hätte [25].

War dem Prälegatar eine ihm selbst verpfändete Sache vermacht, ohne daß etwa der Wille des Erblassers bewiesen werden kann, mit diesem Legate die Pfandschuld zu tilgen [26], so ist das Pfandobjekt durch Confusion von dem Pfandnerus befreit [27], die Schuld des Erblassers aber nur auf eine so große Quote getilgt, als des Prälegatars Erbtheil beträgt. Die Form, in welcher das Prälegat hinterlassen war, kann jetzt keinen Unterschied mehr hierin begründen [28].

Ein eigenthümliches, von dem Juristen Julian vorgeschlagenes und in der Praxis allgemein angenommenes Ver-

---

ständige, auf dem prälegirten Objekte haftende Abgaben aller Art sind aus der ganzen Erbschaft zu zahlen fr. 39 § 5 De legatis I. 30.

23) *Cuiacius* Comm in lib. 10 tit. 2 ad l. 28 und Comm. in lib. 7 resp. Papin. zu fr. 33 D. 10, 2; Nettelbladt Prälegate § 10.

24) fr. 57 De legatis I. 30; Bachofen Röm. Pfandrecht Bd. 1 S. 131.

25) arg. c. 10 C. de legatis 6, 37; fr. 73 pr. Dig. ad SCtum Treb. 36, 1; *Hertius* Diss. de praelegatis § 11; Bachofen a. a. O. S. 129.

26) Man könnte darin ein debitum legatum finden.

27) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 158.

28) Man vgl. Pauli Rec. Sent. III, 6, 8 mit fr. 57 De legatis I und fr. 66 § 6 De legatis II; Bachofen a. a. O. S. 133.

fahren tritt in dem Falle ein, wenn eine Erbschaft zu restituiren ist mit Zurückbehaltung einer verpfändeten Sache. In diesem Falle kann zwar der Universalfideikommissar gezwungen werden, dieserhalb Caution zu stellen, daß der Pfandgläubiger dem Prälegatar die Sache nicht fortnehme; gewöhnlich aber wird das verpfändete Grundstück tarirt, für wieviel es ohne eine solche gestellte Caution verkauft werden könnte, und beträgt die Taxe ein Viertel der zu restituirenden Erbschaft, so muß damit der Fiduciar und Prälegatar zufrieden sein; beträgt aber die Taxe weniger, so kann er das an dem Viertel noch Fehlende von dem Fideikommissar einfordern [29]). Auch konnten die prälegirten Sachen sich bereits faktisch in dem Besitze des Prälegatars befinden, z. B. die für ihn schon bei Lebzeiten des Erblassers von demselben angeschafften Sachen [30]). Der unter den Servituten als Gegenstand der Vermächtnisse am häufigsten vorkommende Niesbrauch wird auch als Objekt der Prälegate sowohl an einzelnen Sachen [31]), als an einem ganzen Vermögen [32]) genannt. Wir finden ferner eine ur-

---

29) fr. 1 § 16 D. ad SCtum Treb. 36, 1. Die Worte stehn im neunzehnten Capitel Note 60.

30) quidquid ei (uxori) comparavi fr. 17 pr. De dote prael. 33, 4 (vgl. Roßhirt Verm. Bd. 2 S. 67); si quid cuique liberorum meorum dedi aut donavi aut in usum concessi, aut sibi adquisivit, aut ei ab aliquo datum aut relictum est fr. 88 pr. De legatis II. 31; filiae si quid me vivo dedi, comparavi fr. 34 § 6 D. eod. Wegen fr. 34 § 3 D. eod. s. unten Note 48. Im fr. 24 De legatis III. 32 heißt es: creditori ita potest legari, ne indebitum ab eo repeteretur.

31) fr. 7, fr. 8 De usufr. accresc. 7, 2.

32) quartae partis hereditatis meae ususfructus fr. 32 § 6 De usufr. leg. 33, 2; ususfructus tertiae partis bonorum suorum fr. 32 § 8 eod. Scävola macht hier darauf aufmerksam, daß in einem solchen Falle nicht der Prälegatar, sondern der andere belastete Erbe die Wahl habe, als Prälegat den Niesbrauch entweder von dem Drittel

Digitized by Google

sprüngliche Erbschaft [33]), auch ursprüngliche Legate [34]), also die mannigfachsten Rechte prälegirt. Auch ein debitum [35]), ebenso ein einzelnes nomen [36]), sowie eine ganze Reihe von

---

der Erbschaftssachen selbst (ususfructus rerum hereditariarum) oder von dem Drittel ihres bei ihrer Vertheilung festgesetzten Taxwerthes zu leisten (ususfructus pecuniae). *Cuiacius* Comm. instit. de usufructu legato zu fr. 32 § penult. meint, in dem Falle, daß außer jenem Prälegate noch eine bestimmte einzelne Sache prälegirt sey, müsse bei dem gewählten pecuniae ususfructus deren Werth mitgerechnet werden, nicht aber in dem andern Falle.

33) filia mea praecipiat rem matris suae fr. 77 § 19 De legatis II. 31; bona aviae fr. 2 pr. De instructo 33, 7; omne quidquid ex hereditate patris vestri, domini mei ad me pervenit fr. 88 § 2 De legatis II. 31 (*Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 76 § 1); ea quae ex patrimonio viri sui supererant fr. 34 § 2 De legatis III. 32.

34) legata mea, quae mihi tam pater quam frater patris reliquerunt fr. 41 § 3 De legatis III. 32.

35) Im fr. 51 D. ad SCtum Treb. 36, 1 wird das Prälegat der inferirten Brautgabe zu Gunsten der erbenden Ehefrau ganz gleich dem Legate einer Schuld an den Gläubiger geachtet (*Cuiacius* Comm. in lib. 17 quaest. Papin. ad h. l.), so daß die Frau, welcher ein Erbschaftstheil und die ihr gebührende Brautgabe hinterlassen, und die zugleich gebeten ist, ihren Erbschaftstheil (deductis oder non deductis legatis) zu restituiren, nicht blos die Falcidische Quart abziehn darf, wenn sie auch durch diese schon so viel hat, als die ganze Brautgabe beträgt, sondern außerdem auch eine so große Quote der Brautgabe retiniren darf, als davon auf ihrem Erbtheil lastet. Eine Andeutung der alten rei uxoriae actio findet in diesem Fragmente *Balduinus* de iure novo Lib. II in der Iurisprudentia Rom. et Attica T. I p. 1103.

36) nomen fr. 4 pr. D. fam. herc. 10, 2; nomen c. 1 C. de except. 8, 36; quod alius deberet fr. 42 D. fam. herc. 10, 2; *Chesius* Differentiae iuris cap. 8 nr. 1 in der Iurisprudentia Rom. et Attica T. II p. 636. In einem solchen Falle geben die Miterben zu ihrem Antheile dem Prälegatar iura cessa. Westphal System der einzelnen Vermächtnißarten § 744.

Forderungen gegen einen oder mehrere Gläubiger [37]), selbst eine **universitas nominum** [38]), d. h. das ganze Capitalvermögen des Erblassers kann prälegirt werden. Sind nomina prälegirt und die Schuldner zahlen nach dem Tode ihres Gläubigers die Schulden an den Prälegatar, so fragt sich, ob sie nicht noch von den übrigen Erben belangt werden können, da die Forderungen des Erblassers schon dem Gesetze nach unter alle Erben vertheilt sind [39]), und also der Schuldner, wenn er auch nach des Testators Willen an einen der Erben gezahlt hat, doch nicht ipso iure von den übrigen Erben frei werden kann? Allerdings können die Erben den Schuldner noch belangen [40]), aber dem Gläubiger, welcher gezahlt hat, steht die doli exceptio gegen die übrigen Erben zu [41]), weil diese gegen den Willen des Erblassers Quoten dieser Schuld einfordern. Aber einem solchen Erblegatar muß, wenn der Schuldner nicht zahlen will, auch eine utilis actio gegen den Schuldner oder eine ex legato actio auf Cession der Erbtheile der legirten Forderung [42]) eingeräumt werden [43]).

37) nomina ex Kalendario, quae elegerit, viginti fr. 34 § 1 De legatis III. 32. *Haubold* de legato nominis § 6 (Opuscula Tom. I p. 545).

38) Das ist der Fall bei dem prälegirten Kalendarium oder dem Verzeichnisse der ausstehenden Capitalien fr. 34 § 3 De legatis III. 32. Vgl. fr. 64 D. eod.; *H. Schüler* die literarum obligatio. Breslau 1842 S. 9, S. 31, 32; *Danz* Lehrbuch der Gesch. des Röm. Rechts Bd. 2 S. 113.

39) fr. 4 pr. D. fam. herc. 10, 2. Der Richter kann bei dem Theilungsverfahren jedem einzelnen Erben einzelne Forderungen ganz zuweisen fr. 3 D. eod.

40) *Donelli* Comm. absolutissimi zu c. 1 C. de except. 8, 36.

41) c. 1 C. de except. 8, 36.

42) arg. fr. 44 § 6, fr. 75 § 2, fr. 105 De leg. I. 30; Consilia Tubingensia Vol. I consil. 105 nr. 24.

43) *Brunnemann* Comm. in Cod. ad h. l.

Sind einem Erben Sklaven des Erblassers legirt, welche demselben etwas schuldig sind, so können die Miterben nicht etwa pro rata diese Forderungen nur von dem Prälegatar einklagen, sondern das Prälegat des Sklaven enthält zugleich das ausschließliche Recht auf diese Schuld des Sklaven [44]). Aber auch eine Forderung gegen den Legatarerben selbst (liberatio) kann Gegenstand des Prälegates werden [45]). Dieß beweisen mehrere Beispiele in den Quellen. So heißt es im fr. 42 D. fam. herc.: quod mihi debet, praecipito [46]). In diesem Falle müssen die Miterben den Prälegatar von seiner Schuld befreien, bei einer durch Stipulation entstandenen Schuld durch Acceptilation, bei anderweitig entstandenen Schulden durch bloße Remission [47]). Einen zweiten Fall erzählt Modestinus

---

44) fr. 54 De peculio 15, 1. Filiofamilias uni ex heredibus praedia praelegavit, ut instructa erant cum servis; hi servi domini debitores fuerunt; quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum actio de peculio competat? Respondit, non competere. fr. 58 D. eod.: Uni ex heredibus praedia legavit, ut instructa erant, cum servis et ceteris rebus, et quidquid ibi esset; hi servi domino debitores fuerunt tam ex aliis causis, quam ex ratione kalendarii; quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum pecuniae ab his debitae actio de peculio competit? Respondit, non competere. Auf die Uebereinstimmung beider Stellen hat schon *Augustinus* Emendationes I, 7 aufmerksam gemacht.

45) Glück Commentar Bd. 11 Note 13.

46) Si ita legatum fuerit uni ex heredibus: quod mihi debet, praecipito, officio iudicis familiae herciscundae continetur, ne ab eo coheredes exigant; nam et si quod alius deberet, praecipere unus iussus fuerit, officio iudicis actiones ei praetari debebunt pro portione coheredis.

47) z. B. Erlaß der Collationspflicht bei der Intestaterbfolge sowohl als bei testamentarischer Succession. Francke civilistische Abhandlungen S. 247 Note 84; Fein das Recht der Collation § 67 S. 394 ff.

im fr. 34 § 3 De legatis II [48]). Lange nachdem ein Ehemann aus seinem Wohnhause in das Lusthaus seiner Frau gezogen war und eben dahin Einiges aus seinem Hause hatte bringen lassen, starb er und hinterließ ein wenige Tage vor seinem Tode errichtetes Testament, worin folgende Stelle vorkam: sciant heredes mei, nullam pecuniam esse penes uxorem meam (sed nec aliud quidquam) ideoque hoc nomine eam inquietari nolo. Zur Erklärung dieser Worte, namentlich von pecunia und aliud quidquam scheint am besten fr. 5 § 9 De rebus eorum qui sub tutela zu dienen, worin es heißt: quaerere debet, an pecuniam pupillus habeat, vel in numerato, vel in nominibus, quae conveniri possunt, vel in fructibus conditis; item requirat, num

48) Caius Seius, quum domum suam haberet, et in praetorio (vgl. fr. 198 D. V. S.) uxoris suae transtulisset, quasdam res de domo sua in eodem praetorio transtulit, ibique post multos dies decedens testamento uxorem suam heredem et alios complures reliquit; quo testamento significavit verba, quae infra scripta sunt: „in primis sciant heredes mei, nullam pecuniam esse penes uxorem meam, sed nec aliud quidquam; ideoque hoc nomine eam inquietari nolo;" quaero, an ea, quae vivo eo in praetorio uxoris eius translata sunt, communi hereditati vindicari possint, et an secundum verba testamenti praescribi coheredibus possit a parte uxoris defuncti? Modestinus respondit, si ea, quae in domum seu praetorium uxoris defunctus transtulit, praecipue ad eam pertinere voluit, nihil proponi, cur voluntati ipsius standum non sit. Necesse igitur habet mulier, talem voluntatem fuisse testatoris, ostendere; quod nisi fecerit, in hereditate mariti et haec remanere oportet. *Pothier* Pandectae lib. 30... 32 nr. 29 erkennt wenigstens in dieser Stelle die Form einer liberatio legata. Westphal von Verm. und Fideik. S. 80 leugnet, daß hier ein Prälegat gemeint war, aber der Ausdruck praecipua ad eam pertinere voluit widerlegt ihn materiell, wenn gleich formell zugestanden werden muß, daß diese Disposition kein Legat, sondern ein Fideikommiß enthielt. Vgl. *Chesius* Differentiae iuris cap. 8 nr. 5 ff. in der Iurisprudent. Rom. et Attica T. II p. 636.

aliae res sint praeter praedia. Daß hier unter **pecunia** „**nomina quae conveniri possunt**" verstanden werden können, ist deshalb nicht anzunehmen, weil die Aeußerung **nullam pecuniam esse penes uxorem** nicht gut bedeuten kann, die Frau solle Schuldner in Anspruch nehmen dürfen, sondern Befreiung von einem Anspruche der Miterben; also ist hier wohl nur **pecunia numerata** gemeint [49]). Auf dieß baare Geld konnten nun allerdings die Miterben der Frau nach der Größe ihrer Erbquoten eine **condictio** anstellen; und dasselbe galt auch von den übrigen durch den Mann in das Lusthaus gebrachten Mobilien. Allein Modestinus gibt der Frau den Bescheid: sobald sie nur in ihrer auf dieß Fideikommiß gestützten Einrede beweise, es sey der Wille des Ehemannes gewesen, daß alles von ihm in ihr Lusthaus Gebrachte ihr zum Voraus gehören solle, so sey die Klage der Miterben auf Illation dieser Gegenstände in die gemeinsame Erbschaft entkräftet. Der Grund, weshalb hier ein Beweis von der Prälegatarin verlangt wird, liegt in dem gebrauchten Ausdrucke **inquietari nolo**, sowie in der Unbestimmtheit, was eigentlich Objekt des Fideikommisses sey, welche Unbestimmtheit am besten durch die Vermächtnißnehmerin als der Inhaberin aller dieser Objekte gehoben werden konnte [50]).

---

49) Höchstens auch noch die **fructus conditi.**

50) *Struvius (Gothofredi* Immo zu diesem fr. 34 § 3 De legatis II. 30) stellt damit fr. 18 pr. De auro 34, 2 zusammen, und ist der Meinung, daß die Entscheidung im fr. 18, die Erben müßten den Beweis führen, daß der Testator die seiner Frau legirten Ringe und Kleidungsstücke derselben nicht würde legirt haben, wenn er sich nicht in dem Irrthume, als gehörten sie ihr bereits, befunden hätte, darauf beruhe, daß im fr. 18 specielle Sachen (Ringe und Kleidungsstücke) legirt seien, im fr. 34 dagegen ein **genus legati** vorliege. Diesen Unterschied können wir wohl nicht für begründet erklären, da nur in Beziehung auf die der Frau legirten **species argenti**

Obwohl nun das eben genannte Beispiel nur zum Theil hierher gehört, so ist ein unzweifelhaftes Beispiel einer **liberatio praelegata**, in einer Weise, wie es bei simplen Legaten nicht vorkommen kann, im **fr. 34 § 3 De legatis III** [51]) enthalten. Hier besteht die Befreiung für die erbende Tochter darin, daß der Miterbe alle auf ihren Erbtheil treffenden Erbschaftsschulden bezahlen soll. Ungeachtet sie also **ipso iure** der Klage der Erbschaftsgläubiger bis auf ihren Erbtheil unterworfen ist, so kann sie doch von ihrem Miterben mit der familiae herciscundae actio verlangen, daß er sie im Prozesse mit seinem Vermögen vertrete oder, wenn sie bereits gezahlt hat, sie schadlos halte [52]).

---

es heißt quas expresserat, d. h. die er speciell bezeichnet hatte, nicht aber auch in Beziehung auf annulos et vestem, worunter gewiß alle hinterlassenen Damenringe und Kleider, was die Neuern genus legatum gewöhnlich nennen, verstanden werden müssen.

51) Pater filio et filia heredibus institutis, quum singulis certa praedia et Kalendaria praelegasset, ita cavit: „a te autem fili carissime, peto, quaecunque legavi, praestari volo, et si quid evenerit aeris alieni, si quod in tempus pro mutuo acceperam, et debuero, a te solvi volo, ut, quod sorori tuae reliqui, integrum ad eam pertineat;" quaesitum est an, quod ex quacunque causa debuit pater, a filio sit praestandum. Respondit, posse filiam ex fideicommisso consequi, ut levaretur, quo magis integrum, quod testator dedisset, ad eam pervenisset. Vgl. fr. 49 § 4 De legatis I. 30. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 303.

52) *Pothier* Pandectae lib. 34 tit. 3 nr. 7. Im fr. 20 § 5 D. fam. herc. 10, 2 ist dieselbe Verpflichtung, alle Erbschaftsschulden zu zahlen, einem einzelnen Erben citra speciem legati auferlegt. Ein auf denselben Gegenstand zu beziehendes, aber zurückgewiesenes Prälegat findet sich in fr. 34 § 6 De legatis II. 31. — In den Entscheidungen des Geheimen Obertribunals Neue Folge Bd. 1 Berlin 1846 S. 276 ff. ist ein Prälegat erörtert, wonach die drei eingesetzten Kinder des Erblassers das Bauerngut des jüngsten Erben von einer Schuld von vierhundert Thalern befreien sollten.

Nachdem auf solche Weise gezeigt ist, daß Gegenstand eines Prälegates ebendasselbe sein kann, als was Gegenstand eines simplen Legates ist [53]), so kann noch die Frage aufgeworfen werden, ob auch eine **pars hereditatis** das Objekt eines Prälegates bilden kann [54]). Zwar fehlt es dafür, daß ein Erbe an seine Miterben einen Theil seiner Erbportion zu restituiren gebeten ist, in den Quellen nicht an Beispielen [55]).

53) also natürlich nicht res extra commercium § 4 I. de legatis 2, 20.

54) z. B. der Notherbe wäre eingesetzt und der Pflichttheil ihm noch außerdem prälegirt. Höpfner Commentar § 473 C. Note 2.

55) fr. 96 De legatis III. 32 (vgl. fünftes Capitel Note 213); fr. 21 § 2 De annuis 33, 1; fr. 14 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2. Wegen fr. 32 § 6, § 8 De usufr. leg. 33, 2 s. oben Note 32. — *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 2 § 13 § 18 will freilich von einer partitio praelegata das fr. 29 § 2 De legatis II. 31 und zwar also erklären. Ein Testator setzt seinen Sohn und einen Fremden zu gleichen Theilen zu Erben ein, gibt dem Sohne als Prälegat ein Sechstel der Erbschaft, und zwar legirt er vom Miterben des Sohnes dieses ganze Sechstel; der Miterbe repudiirt darauf die Erbschaft, und seine Erbhälfte fällt deshalb dem Sohne zu. Das soll der Sinn der Worte seyn: Si filio heredi pars eius, a quo nominatim legatum est, adcrescit. Nun verlangen die ausdrücklich an den Fremden gewiesenen Legatarien ihre Legate ohne allen Abzug, der Sohn aber behauptet, daß sie von ihm nicht sechs Zwölftel, sondern nur fünf Zwölftel der Erbschaft ausgezahlt verlangen können, weil ein Zwölftel der fremden Erbportion ihm als Prälegat gebühre, und diese Ansicht billige Celsus in den folgenden Schlußworten: non praestabit legatum, quod iure antiquo capit, die Nieto so versteht. Das hier bezeichnete Legat ist die praeceptio, denn das Recht der praeceptiones ist älter, als die lex Furia und die lex Voconia (sowie Justinian in der c. un. C. de caducis tollendis das Anwachsungsrecht ein ius antiquum nennt, weil es älter ist als die lex Iulia et Papia Poppaea); und capere ist der technische Ausdruck bei den Präceptionslegaten, endlich non praestabit soviel als retinebit. Der Irrthum Nieto's ist hier wohl handgreiflich und von einem Prälegate in dieser Stelle keine Spur zu finden. Vgl. Francke Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 118, 119.

Jedoch ist hier niemals der partiarius (fideicommissarius) unmittelbar an die Erbschaft als solche, sondern nur im Wege der Bitte an den einzelnen Erben gewiesen [56]), welcher ihm einen Theil seiner Erbportion restituiren soll, weshalb in diesem Falle nie von einer hereditaria pars dieses Fideikommisses, also immer nur von einem uneigentlichen Prälegate oder richtiger Präfideikommisse die Rede sein konnte [57]). Jedenfalls ist für das Justinianeische Recht die partitio legata Antiquität geworden und dieselbe, wo sie sich etwa noch angeordnet findet [58]), mit Löhr [59]) als ein Universalfideikommiß auszulegen.

---

56) fr. 96 cit. petit., fr. 21 § 2 cit. fidei commisit, fr. 14 pr. cit. petit. Daß die eigentliche legata partitio nur in Form des Damnationslegates angeordnet werden konnte, beweisen die von Schrader zu § 5 I. de fideicomm. her. 2, 23 v. legat. part. sorgfältig zusammengetragenen Beispiele.

57) Bei der so überaus weiten Fassung der Prälegate, welche Schweppen beliebt (s. fünftes Capitel Note 162) kann es nicht auffallen, wenn er in diesem Falle auch ein Prälegat annimmt. Er sagt nehmlich (das Römische Privatrecht § 918): Geht das Prälegat auf Quoten der Erbschaft, so ist es ein Universalvermächtniß, und der Miterbe wird dadurch pro rata von Schulden befreit.

58) Man vgl. *Menochii* Consilia. Consil. 1166 nr. 4.

59) Gegen diese in seinem Magazin Bd. 4 S. 92 und im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 2 S. 190 aufgestellte Ansicht ist zwar Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 108, 131 ff. ausführlich aufgetreten, jedoch, wie es scheint, nicht mit zureichenden Gründen. Man vgl. Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 268.

Digitized by Google

Neuntes Capitel.

Wo können Prälegate errichtet werden?

Prälegate können eben da, aber auch nur da, wo andere Legate errichtet werden [1]); also erstlich in Testamenten. Beispiele hiefür finden sich sehr reichlich in den Quellen [2]), und es ist natürlich kein Unterschied zu machen zwischen einem regelmäßigen und einem außerordentlichen Testamente. Für das letztere ist fr. 17 pr. De testamento militis [3]) beweisend. Es wird

1) Wo nach Partikularrechten die sog. pacta dotalia mixta wahre (wechselseitige) Testamente sind (Mittermaier Deutsches Privatrecht. Fünfte Ausgabe § 409 am Ende), da kann in ihnen unstreitig, sowie in jedem Erbvertrage, der wenigstens die Form von Codicillen hat (Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 38 S. 73 Note 62), der Vertragserbe auch mit Vorvermächtnissen bedacht werden. *Hertius* Diss. de praelegatis § 25; Mittermaier a. a. O. § 470.

2) fr. 35 pr. § 1, fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5; fr. 17 pr. De test. mil. 29, 1; fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4; fr. 34 § 1 § 3 § 6, fr. 77 § 12, fr. 86 pr.; fr. 88 pr. § 2 § 3 De legatis II. 31; fr. 27 pr. § 1, fr. 34 § 1 De legatis III. 32; fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2; fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2; § 3 I. quibus modis testam. 2, 17; Valerius Maximus 7, 8, 4; *Plinius* Historia Naturalis lib. 33 cap 11.

3) Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio, perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.

Digitized by Google

hier zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß der Soldat in einem militari iure errichteten Testamente die Prälegate angeordnet habe; da es aber auch nicht von ihm heißt, er habe communi iure testirt [4]), so muß das hier Gesagte gleichmäßig von jedem Testamente der Militärpersonen gelten. Es ist gefragt, ob Prälegate auch in einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern hinterlassen werden dürfen [5])? Da der Testator seine zur Intestaterbfolge berechtigten [6]) Kinder nach den klaren Worten von Novelle 107 Cap. 1 zu Erben auf speciell angegebene Sachen instituiren darf [7]), und eine solche Einsetzung aller Erben, wie wir im nächsten Capitel [8]) sehn werden, als Prälegat gilt, so ist unbestreitbar in dieser Form die Errichtung von Prälegaten zu Gunsten aller erbenden Kinder möglich [9]),

4) Der einzige *Ramos del Manzano* Praelect. ad tit. de legatis Pars II cap. 1 § 12 in *Meermani* Thes. T. VII p. 284 behauptet es.

5) *Hertius* de praelegalis § 12 schreibt, es werde diese Befugniß allgemein geleugnet; er gestehe sie aber den Eltern zu, weil ja eine ungleiche Erbeseinsetzung der Kinder in einem solchen Testamente nicht verboten sey. Vgl. sein darnach ertheiltes Responsum 445 in seinen Responsa et Consilia. Francofurti 1729.

6) Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. Rechts Bd. 1 S. 190, 191.

7) *εἰ δὲ καὶ βούλοιτο . . . τισι πράγμασι ῥητοῖς πάσας ἢ τινας τῶν ἐνστάσεων περιστῆσαι*; oder wie es in dem Commentar zu dieser Novelle von Athanasius tit. IX const. 8 (*Heimbach* Anecdota T. I p. 103) heißt: *εἰ δὲ ῥητοῖς πράγμασιν περιστῆσαι βούλεται τὰς ἐνστάσεις*. *M. I. Euler* de testamento et divisione parentum inter liberos. Berolini 1820 § 64; Bülow a. a. O. S. 189, 190.

8) Im Texte zu Note 39 ff.

9) Wie die Form der Aeußerung in diesem Falle ist, z. B. ob certis rebus contenti estote (nov. 115 cap. 5), kann als gleichgiltig behandelt werden, wenn es nur nicht heißt: certis rebus pro sua institutione contenti sint, wo die Erbenqualität nach c. 13 C. de hered.

und es spricht auch kein irgend erheblicher Grund dawider, selbst in den gewöhnlichen Formen eines Legates einem oder mehreren der erbenden Kinder etwas zum Voraus zu legiren [10].

Ferner kann in Codicillen [11], Intestat [12], sowohl als testamentarischen [13], mögen sie vor [14] oder nach [15] dem Testamente errichtet sein, die Anordnung eines Prälegates nach Justinianeischem Rechte geschehn [16].

---

inst. 6, 24 geleugnet werden müßte Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 156, 157. Vgl. fr. 27 § 1 De legatis III. 32. Ist aber nicht das ganze Vermögen in Form von Prälegaten vertheilt, so spricht die Vermuthung gegen die Errichtung eines Prälegates zu Gunsten eines Kindes, weil man gleiche Vertheilung des väterlichen Vermögens unter die Kinder präsumirt. *I. H. Boehmer* Consult. et Decisiones. Resp. 851 nr. 9.

10) Francke Civilistische Abhandlungen S. 247 Note 84.

11) fr. 15 De his quae ut indignis 34, 9.

12) fr. 77 § 26 (fideicommissum) De legatis II. 31; fr. 40 pr. (fideicommissum) De legatis III. 32; *Hertius* Responsa et Consilia. Resp. 405; *Francke* Diss. de legato praeceptionis § 5.

13) fr. 18 § 1 De cond. inst. 28, 7; fr. 77 § 12 De legatis II. 31; fr. 27 pr. De legatis III. 32; fr. 14 De dote praeleg. 33, 4; fr. 20 pr. De instructo 33, 7; fr. 77 pr. De cond. et dem. 35, 1.

14) arg. fr. 39 § 5 D. familiae herciscundae 10, 2.

15) c. 2 C. de codicillis 6, 36; fr. 41 § 2 De legatis III. 32. — In einem offenen Billette hatte ein Vater seinem Sohne dessen Pekulium prälegirt. Es entstand die Frage, ob dieß Prälegat giltig sey, da in seinem frühern Testamente der Erblasser gesagt hatte, daß, wenn er ein versiegeltes Schreiben hinterlassen würde, dasselbe als Codicill gelten solle, dieß Billet aber, wie gesagt, unversiegelt war. Unbedingt entscheidet sich Scävola im fr. 89 pr. De legatis II. 31 für die Giltigkeit dieses Codicilles, sobald nur die Aechtheit desselben nicht angefochten werden könne, ganz übereinstimmend mit Marcian im fr. 6 § 2 De iure codicill. 29, 7.

16) Nach altem Rechte natürlich konnten Prälegate, sowie Legate überhaupt nur in Testamenten oder in bestätigten Codicillen hinterlassen werden, in unbestätigten Codicillen nur sog. Präfideikommisse. S. oben Note 12.

Nichts steht im Wege, auch dann ein Vorvermächtniß, wenigstens ein uneigentliches für giltig zu erklären, wenn dessen vollkommen formlose Errichtung der Berechtigte durch den Eid seiner belasteten Miterben beweisen will [17]).

Endlich war es eine bisher fast unbestrittene [18]) Ansicht, daß in einer divisio parentum [19]) inter liberos die einzelnen, jedem Kinde zugewiesenen Vermögensstücke als Prälegate gelten. Gegen diese Ansicht hat sich ausführlich Mühlenbruch erklärt [20]). Er behauptet, daß Vermächtnisse nur in einem Testamente oder in einem Codicille hinterlassen werden können,

17) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 278. Die Möglichkeit, wenn nicht gar die Nothwendigkeit einer mündlichen Errichtung des sog. praesenti heredi fideicommissum iniunctum folgt aus den Worten der c. 32 C. de fideicomm. 6, 42. Löhr im Archiv für civil. Praxis Bd. 2 S. 188 ff.; Watermeier das Oralfideikommiß. Bremen 1838 S. 59 f., 79 ff., 87, 98 f.

18) *Cuiacius* Notae ad l. 15 Dig. lib. 34 tit. 9; *Hertius* Diss. § 5 nennt es ein Brocardicon vulgare ICtorum: Divisionem paternam inter liberos vim praelegati obtinere. Man vgl. seine Consilia et Responsa. Resp. 452 p. 721; *Brunnemanni* Comm. ad l. 14 C. familiae hercisc.: habet divisio a testatore facta se instar praelegati; *Pothier* Pandectae lib. 10 tit. 2 nr. 54; Thibaut Pandekten § 864 (Neunte Ausg.); Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 129 Note 11.

19) Es versteht sich, daß hier nicht von der deutschrechtlichen Güterabtretung der Eltern an ihre Kinder die Rede ist, welche für ein Geschäft unter Lebenden gilt. *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 196 nr. 12.

20) Fortsetzung des Glückschen Commentars Bd. 42 S. 241 ff. Allerdings hat er schon zwei ihm unbekannt gebliebene Vorgänger: *Bachovius* ad Treutlerum Vol. I Disp. 19 thes. 12 lit. D und *G. A. Struvius* Iurisprudentia Forensis lib. II tit. 24 nota *p*, welcher Letztere in der simpeln Vertheilung des Vermögens unter Miterben deshalb die Annahme von Prälegaten leugnet, weil der animus praelegandi niemals zu präsumiren sey. Man vgl. *I. H. Boehmer* Introductio in ius Digestorum lib. 30 § 13.

Beides sey aber die devisio nicht [21]); außerdem werde seine Ansicht indirekt durch fr. 77 § 8 De legatis II. 31 bestätigt, wo die Worte pater verbis fideicommissi filio reliquit und si inter filios divisionem fecit einen Gegensatz bilden [22]).

Daß es sich hier nicht um einen bloßen Wortstreit handelt, geht aus folgender von Mühlenbruch angestellten Betrachtung hervor. Nach heutigem Rechte kann der durch Vermächtnisse zu sehr belastete Erbe außer dem Pflichttheil noch die Falcidische Quart abziehn [23]); wenn aber die divisio als bloße Einrechnung in den Pflichttheil gilt, so hat der am schlechtesten bedachte Sohn auf nichts mehr, als auf den Pflichttheil durch die familiae herciscundae actio Anspruch [24]).

---

21) c. 16 C. familiae hercisc. 3, 36: sed etsi tam circa testamentum quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuscunque verbis voluntas eius declarata sit. Mühlenbruch a. a. O. S. 156. *A. Faber* Errores pragmaticae Decas 42 Error 8: cum ea voluntas neque institutio sit, neque legatum, neque fideicommissum, sed tantum divisio patrimonii, quam defuncto quoque testatore arbiter facere posset. *Bachovius* a. a. O. Lit. B. findet mit Unrecht in dieser Stelle und in der c. ult. desselben Titels keine Vertheilung des Vermögens nach einzelnen Sachen, sondern nach Quoten.

22) Solche letztwillige Güterverteilungen waren nicht gerade auf Kinder beschränkt, z. B. fr. 33 D. familiae hercisc. 10, 2; fr. 15 De his quae ut. 34, 9; c. 1 C. de exception. 8, 36.

23) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 549.

24) Mühlenbruch a. a. O. S. 243. Ein zweiter von Mühlenbruch noch hervorgehobener Unterschied — einem Legatar hat der Erbe in der Regel nicht die Eviktion zu gewähren, also auch der Miterbe dem Prälegatar nicht; wogegen Kinder, zwischen welchen Vater oder Mutter die Erbschaft getheilt haben, der einzelnen Sachen halber einander zur Gewährleistung verpflichtet sind — scheint nicht vertheidigt werden zu können. Zwar will Mühlenbruch in den oben hervorgehobenen Worten des fr. 77 § 8 De legatis II in der Art einen Gegensatz finden, daß nur im ersten Falle (verbis fideicom-

Fragen wir nun zuerst, was eine divisio bonorum ist, so muß man darunter eine vorläufige Erbtheilung verstehn, wodurch der Disponent die berücksichtigten Personen nicht erst zur Erbfolge berufen will, sondern deren Berufung schon als durch Intestaterbfolge oder durch Testament [25]) geschehn vor-

missi), nicht aber im zweiten Falle (si divisionem fecit) ein Vermächtniß angeordnet war, daß also im zweiten Falle der Vater eine bloße Einrechnung der inzelnen Objekte in den Erbtheil vorgeschlagen hätte. Dieser Gegensatz ist aber unhaltbar. Denn gerade von dem zweiten Falle heißt es: coniectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere. Gegen diese Meinung Mühlenbruchs ist zu vergleichen fr. 33 D. familiae herc. 10, 2.

25) In der Regel finden wir zwar diese divisio von solchen Erblassern angewendet, die ohne Testament sterben (z. B. in Nov. 123 Cap. 38), weshalb die Mehrzahl unserer Juristen so weit geht, die divisio mit dem Bestehn eines Testaments für unvereinbar zu erklären („die divisio parentum inter liberos ist ein codicillus ab intestato" Witte in Weiske Rechtslexikon Bd. 1 S. 282; ebenso Heimbach ebenda Bd. 3 S. 949; v. Nettelbladt Rechtssprüche des O.-A.-Gerichts zu Parchim Bd. 4 S. 82, 83), was aber entschieden unrichtig ist. Wenn wir davon ganz absehn, daß letztwillige Theilungen von Erblassern zu Gunsten fremder Erben, die also nothwendig im Testament instituirt sein müssen, vorzukommen scheinen (Note 22), so sind die Beweise folgende. Papinian spricht von der Theilung des Vermögens zwischen mehreren testamentarischen Erben, fr. 90 § 1 De legatis I. 30, Scävola handelt von der Bestätigung einer divisio im Testamente des Theilenden, fr. 39 § 5 D. familiae hercisc. 10, 2, Gordian entscheidet einen Fall, wo die divisio im Testamente geschehn war, c. 10 C. fam. hercisc. 3, 36, Justinian endlich nimmt in Novelle 18 Cap. 7, in Novelle 89 Cap. 12 § 3 (bei Concubinenkindern) und in Novelle 107 Cap. 1 die divisio als im Testamente der Eltern selbst vollführt an. Auch kann man noch den Basilikenscholiasten zu lib. 60 tit. 42 l. 15 hierhin zählen, welcher schreibt: Unde si eum et alios duos testamento heredes scripserit non adscriptis partibus, deinde in codicillis divisionem rerum hereditariarum fecerit in singulos heredes. Dessen ungeachtet lassen nur *Balduinus* (Disp. I ex Papiniano in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. I p. 948), *Cuiacius* (Comm. in lib. 8 resp. Papin. zu fr. 77 § 8 De lega-

aussetzt; sie ist also eine Erklärung, was jeder einzelne Erbe in seinen Erbtheil einzurechnen hat[26]). Die Gesetze sagen daher auch, dasjenige, was der Erblasser mit dieser Theilung beabsichtige, sey dasselbe, was der arbiter familiae herciscundae zu thun habe[27]), er anticipire nur dessen Geschäft[28]), um Streitigkeiten zwischen seinen Erben bei der künftigen Erbtheilung zu verhüten[29]). So wenig nun dadurch, das läßt sich für Mühlenbruchs Ansicht sagen, daß ein solcher Schiedsmann dem einen Erben diese, dem andern Erben jene Erbschaftssache zuweist, diese Sachen unter dem Titel von Vermächtnissen den Erben zufallen, ebensowenig können sie, wenn sie der Erblasser unter seine einzelnen Erben vertheilt, zu Vermächtnissen werden. Auch könnte man für Mühlenbruchs

---

tis II), Göschen Pandektenvorlesungen § 902 a. Anf. und Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42 S. 232 die divisio auch beim Vorhandensein von Testamenten ausdrücklich zu.

26) Daher ist im fr. 17 pr. De testam. mil. 29, 1 (die Worte stehn oben in Note 3) keine divisio aus einem doppelten Grunde vorhanden. Ein Soldat setzt drei Erben ein, und zwar den Einen auf seine städtischen Besitzungen, den Zweiten auf seine Landgüter und den Dritten auf alles Uebrige. Einmal sind diese übrigen Sachen nicht specificirt, was nothwendig für den Begriff der Theilung ist, sodann ist hier die Erbeseinsetzung und die Anweisung der Sachen in einen und denselben Akt verschmolzen. Vgl. Note 43.

27) fr. 33 D. familiae hercisc. 10, 2: si paterfamilias divisionis arbitrio fungi voluit.

28) c. 21 C. eod. 3, 36: si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater qualicunque iudicio suam declaraverit voluntatem. Bülow Abhandlungen über einzelne Materien Bd. 1 S. 174.

29) Novella 18 cap. 7: ut a fraterno certamine eos praeservent. Zweckmäßig, um jeder möglichen Verfälschung zu begegnen, nicht aber gesetzlich nothwendig ist es, die Zahl der einem Erben zugewiesenen Vermögensstücke derselben Art, statt mit Ziffern, mit Buchstaben zu bezeichnen.

Digitized by Google

Ansicht anführen, daß die Objekte der Vertheilung nicht bloß in den Aktivis des Erblassers, sondern auch in dessen Schulden bestehn, und daß deren Anweisung an einzelne Erben [30]) doch gewiß mit dem Begriffe des Vermächtnisses als einer **donatio testamento relicta** unvereinbar ist [31]).

Dennoch aber dürfen wir der Ansicht Mühlenbruchs nicht vollkommen beistimmen. Die Codicille waren zur Zeit der classischen Juristen ganz formlos [32]), bald mündlich, bald schriftlich errichtet. Mochte nun die Theilung mündlich [33]) oder schriftlich vollzogen werden, wie konnte man wohl anders diese Form, in welcher die Theilung geschah, nennen, als einen Codicill? Davon finden wir denn auch Beispiele in fr. 39

---

30) fr. 20 § 3, § 5, fr. 39 § 5 D. familiae hercisc. 10, 2. Vgl. v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen Bd. 1 S. 77.

31) So Johannes Bassianus zu den Worten des fr. 20 § 5 cit. si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungatur citra speciem legati. Gegen dieß Argument wollen wir aber hervorheben, daß der Erblasser gewiß nicht einem einzelnen Erben keine Erbschaftssachen, sondern bloß Schulden zuweisen wird; denn darin würde ja noch mehr als eine simple Enterbung liegen; vielmehr könnte an den einzelnen Erben die Zuweisung eines bedeutenden Aktivums unter der Modifikation geschehn (onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit fr. 20 § 3 D. eod.), daß er einen Schuldposten, vielleicht einen größern, als es seine Erbquote mit sich bringen würde, allein übernehme. Jedoch ist diese Vertheilung der Schulden nicht einmal zu einer vollständigen divisio bonorum nothwendig, indem schon nach den zwölf Tafeln die Schulden von selbst unter den Erben vertheilt sind.

32) § 3 I. de codicillis 2, 25.

33) fr. 20 § 3 D. famil. herc. 10, 2: sine scriptura. *Schroeder* de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Ienae 1819. 4 § 20 leugnet mit Recht, daß heutzutage Vermögenstheilungen der Eltern zwischen ihren Kindern mündlich geschehn können, wenn nicht die Codicillarform gewählt ist. Eine reelle Uebergabe der einzelnen Vermögensstücke nimmt in diesem fr. 20 § 3 ohne Noth Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen Bd. 1 S. 77 an.

Digitized by Google

§ 1 D. familiae herciscundae [34]) und in fr. 15 De his quae ut indignis [35]). Nachdem aber für die Codicille eine besondere Formalität verlangt wurde, konnte die divisio, wenn sie nicht im Testamente geschah, entweder in der Codicillarform [36]), oder in einer andern Form geschehn; und weil diese letztere, besonders im Falle der Beerbung durch Kinder, häufig zu formlos [37]), gar nicht einmal den Beweis sicherte [38]), so nahm Justinian daraus Veranlassung, eine bestimmte Form zur Giltigkeit der Vermögenstheilung der Eltern zwischen ihren Kindern vorzuschreiben [39]), wenn der Erblasser nicht die Codicillarform bei der Vermögenstheilung wählen wollte.

---

34) v. d. Pfordten (in Schneider's kritischen Jahrbüchern 1844 S. 878) will, jedoch mit Unrecht, in diesem Fragmente, wo der Vater praedia sua omnia et patrimonium inter filios divisit, keine faktische Theilung des Nachlasses, sondern nur die Anordnung finden, wie getheilt werden soll.

35) In dieser Stelle nimmt *Balduinus* (Disp. I ex Papiniano in der Iurispr. Rom. et Attica Tom. I p. 948) ein testamentarisches Codicill an, setzt aber voraus, daß alle Erben zu gleichen Theilen zur Erbschaft berufen waren.

36) Es ist daher jetzt eine duplex interpretatio in denjenigen Stellen der klassischen Juristen nöthig, welche die Vermögenstheilung in einem Codicille geschehn darstellen; man muß nemlich jetzt unter dem Codicille nicht, wie jene Juristen, einen formlosen, sondern einen förmlichen letzten Willen verstehn, wenn man nicht etwa annehmen will, daß der Beweis der einzelnen Vermächtnisse durch den Eid des Belasteten geführt werden soll.

37) c. 16 C. familiae herciscundae 3, 36. Vgl. Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 346 Note 8.

38) Hierauf deutet das qualecunque iudicium in c. 21 C. fam. herc. 3, 36. Noch deutlicher unterscheidet Constantin in c. 26 desselben Titels testamentum, vel codicillus seu epistola parentis esse memoretur, sive quocunque alio modo scripturae quibuscunque verbis vel iudiciis inveniantur relictae.

39) Novella 18 cap. 7; Novella 107 cap. 3. Für die divisio bonorum andrer Erblasser gibt es auch jetzt keine besondere Form.

Darnach konnte eine dreifache Weise der Vermögenstheilung von den Eltern zu Gunsten ihrer Kinder beliebt werden: die eine in der von Justinian aufgestellten Form, die andere in Testamenten oder Codicillen [40]), und die dritte in irgend einer hievon verschiedenen Form. Im letzten Falle kann die Disposition gar nicht auf Giltigkeit Anspruch machen [41]). Wird sie befolgt, so beruht die Theilung nicht auf dieser Urkunde, sondern lediglich auf der Uebereinkunft der Erben. Die so vertheilten Sachen werden daher niemals als Prälegate betrachtet werden können, da der Titel der Vertheilung ein Geschäft unter Lebenden zwischen den wirklichen Erben selber ist.

Wenn die von Justinian vorgeschriebene Form der Vertheilung angewendet ist, so dürfen die einzelnen vertheilten Objekte ebenfalls nicht als Vorvermächtnisse angesehn werden,

40) *Gaill* Obss. II, 116 § 6. Es läßt sich denken, daß die äußere von Justinian festgesetzte Form der divisio mit der der Codicille übereinstimmt, wenn nemlich der Erblasser fünf emancipirte Söhne hat, und diese des Vaters Theilungsplan durch ihre Unterschrift anerkannt haben. Deshalb haben *Schroeder* a. a. O. (Note 33) § 21 und *Euler* de testamento et divisione parentum § 81 Unrecht, wenn sie leugnen, daß die von Justinian angeordnete Theilungsform die Codicillarform haben könne. Da ferner, wie dieß die Authentica zu c. 26 C. familiae hercisc. 3, 36 am Deutlichsten ausdrückt, zur Giltigkeit dieser Theilung nur entweder der Söhne oder des Vaters Unterschrift nöthig ist (Vatz Abhandlungen. Tübing. 1816 S. 247), so hat Heimbach in der Ausgabe des Novellenkommentars von *Athanasius* Tit. IX cap. 8 (Anecdota Tom. I p. 103) nicht gut gethan, daß er die beiden Sätze: ὁ διαιρῶν εἰς τοὺς παῖδας τὴν ἰδίαν ὑπόστασιν ὑπογραφέτω ἐν τῇ διαιρέσει (und) τοὺς παῖδας παρασκευαζέτω τοῦτο πρᾶξαι, durch καὶ und nicht durch ἢ verbunden denkt, und deshalb so übersetzt: qui inter liberos substantiam dividit suam, in divisione subscribito, facitoque (besser vel facito), ut liberi hoc idem faciant. Vgl. Schweppe das Römische Privatrecht § 944 Nr. a.

41) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42 S. 167.

selbst wenn der Erblasser sie als solche bezeichnet haben sollte, eben deshalb, weil Vermächtnisse nur in einem Testamente oder in Codicillen giltig hinterlassen werden können [42]). Nur wenn der Erblasser die Vertheilung in seinem Testamente oder Codicille vorgenommen hat, oder zwar in der von Justinian vorgeschriebenen Form, die jedoch wegen der Unterschrift von mindestens fünf Söhnen auch als Codicill gelten kann, und wenn er in diesem Falle ausdrücklich die vertheilten Sachen als Fideikommisse oder Legate bezeichnet hat [43]), so werden wir deren Existenz hier der gemeinen Meinung gemäß annehmen können.

---

42) Mühlenbruch a. a. O. S. 240, 241. — Aus demselben Grunde wird auch dem unirenden Ehegatten bei der Einkindschaft das Recht, Prälegate zu errichten, abgesprochen. Holzschuher Theorie und Casuistik Bd. 1 S. 612 Nr. 5.

43) Denn der Vater konnte ja auch in dem Testamente oder in dem Codicille die einzelnen Sachen ausdrücklich als Einweisungen in die Erbtheile angeben; in partem eius certa praedia reliquit fr. 21 § 5 De annuis 33, 1. Wahrscheinlich lag hier, wie in dem Falle des fr. 32 D. fam. herc. 10, 2, des fr. 34 § 3 De legatis III und der c. 21 C. fam. herc. 3, 36 nur eine unvollständige Theilung vor, wie sie auch Justinian in Novelle 18 Cap. 7 und Novelle 123 Cap. 38 ausdrücklich gestattet, wo dann das nicht Vertheilte (wenn nicht darüber anders disponirt ist, cetera generaliter in unum contulit fr. 32 cit.) den Erben nach ihren Erbportionen zufallen soll. Daß darunter nicht stets, wie *Brunnemann* Comm. in Pand. 10, 2 ad l. 32, *Iensius* Stricturae ad Pand. p. 231, 232, Glück Pandekten Bd. 11 S. 31 u. 73 und *Schroeder* a. a. O. § 24 meinen, gleiche Theile zu verstehn sind (c. 21 C. fam. herc. 3, 36) ergibt sich daraus, daß ja im Testamente die Erben auf ungleiche Theile eingesetzt sein konnten, c. 10 C. fam. herc. 3, 36, *Schulting* Theses controversae Decas 28 thes. 10, und außerdem bei der Voraussetzung der Intestaterbfolge etwanige Enkel Stammportionen bekommen konnten, weshalb die Basiliken lib. 42 tit. 3 l. 77 richtig die betreffenden Worte des fr. 32 mit *πρὸς ἀναλογίαν τῶν νομίμων μερῶν* wiedergeben, und Sintenis mit „je nach den Intestaterbtheilen" übersetzt.

Für diese Ansicht fehlt es nicht an Beweisstellen. Wir finden im fr. 23 De adimendis [44]) diese vertheilten Gegenstände als Fideikommisse bezeichnet. Denn Papinian sagt hier: wenn ein Vater sein Vermögen unter seine Kinder vertheilt, und dabei seinen Willen ausgesprochen hat, daß seine Tochter aus seiner Primipilarforderung ein Guthaben von 300 Dukaten erhalten soll, und er später mit diesen ihm gezahlten 300 Dukaten ein Grundstück gekauft hat, so sollen nach Papinian die miterbenden Brüder ihrer Schwester nichtsdestoweniger das Fideikommiß leisten. Ebenso läßt derselbe Papinian im fr. 33 D. fam. herc. 10, 2 singulis heredibus fundos legando [45]) den Erblasser ein Theilungsgeschäft vollziehn, wobei er die einzelnen Erben verpflichtet, nach ihren Erbtheilen ein so legirtes verpfändetes Gut von der Hypothekenschuld zu befreien. Von demselben Papinian wird der Fall referirt, daß ein Vater mehrere Kinder zu Erben eingesetzt und, ohne Erbquoten zu benennen, in der Form von Legaten den größten Theil seines Vermögens unter sie vertheilt hat [46]). Während in den

---

44) Pater inter filios facultatibus divisis filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit; ac postea de pecunia commodorum possessionem paravit, nihilominus fratres et coheredes sorori fideicommissum praestabunt.

45) Die Worte dieser Stelle siehe im vierzehnten Capitel Note 24.

46) fr. 90 § 1 De legatis I. 30: Plano si pluribus filiis institutis (inter eos verbis legatorum bona diviserit: voluntatis) ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem. Die eingeklammerten Worte finden sich schon vor Haloanders Ausgabe in der unglossirten Ausgabe Paris 1527. 8. bei Claudius Chevallonius, und in den glossirten Ausgaben Venedig (per Baptistam de Tortis) 1495 und Lyon (per Ioannem de Gradibus) 1509, mit der Glosse von Hugolinus (Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter Bd. 5 S. 49, S. 220): scil. non omnia bona diviserit, sed maiorem partem, alia indivisa reliquit. Aehnlich heißt

eben angeführten Stellen nur ganz allgemein die vertheilten Objekte mit **legatum** und **fideicommissum** bezeichnet werden, haben wir noch zwei Stellen Papinians, welche ganz ausdrücklich von Prälegaten in diesem Falle sprechen. Zuerst sagt fr. 77 § 8 De legatis II [47]): wenn der Vater sein Vermögen unter seine Kinder vertheilt hat, dann leide es sein Wille nicht, daß derjenige Sohn von ihm, dem ein in dieser Vertheilung zugewiesenes Gut evincirt wird, die seinen Miterben prälegirten Theile (partes coheredibus praelegatas) an den Erbschaftssachen herausgebe, sobald nicht seine miterbenden Brüder bereit sind, nach der Größe ihrer Erbportionen für die Eviktion des Gutes einzustehn. Außerdem lesen wir in fr. 15 De his quae ut indignis [48]) Folgendes: wenn ein Erbe mit seiner Behauptung zurückgewiesen wird, daß ein Codicill, in welchem eine Vermögenstheilung angeordnet war, untergeschoben sey, so wird er die ihm legirten Sachen nicht ganz behalten, sondern nur soweit an ihnen sein Erbtheil reicht, also was an ihnen nicht als Legat bestehn konnte (in quibus legatum consistere non potuit). Daß unter diesen Legaten nur Prälegate gemeint sein können, bedarf bei der ausdrücklichen Hervorhebung der Erbtheile an ihnen keines speciellen Beweises.

Wenn nun auf solche Weise in der Form von Vermächtnissen das ganze Vermögen vertheilt ist, so wird, selbst wenn das Vermögen nur aus Capitalien besteht, zwischen den einzelnen Erben in ihrer Eigenschaft als Prälegatarien die familiae herciscundae actio Statt finden [49]), während bei der ge-

---

es im fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset.

47) Die Worte siehe im zwölften Capitel Note 16.

48) Die Worte siehe im fünften Capitel Note 241.

49) fr. 4 pr. D. familiae hercisc. 10, 2 vgl. mit fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5 und c. 1 C. de exception. 8, 36.

wöhnlichen Beerbung in dem Falle, daß die ganze Erbschaft nur aus Forderungen besteht, die **familiae herciscundae actio** keine Anwendung findet [50]).

50) fr. 25 § 1 D. familiae herciscundae 10, 2. Si miles alium castrensium, alium ceterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae herciscundae iudicio; divisum est enim per Constitutiones inter eos patrimonium. Quemadmodum cessat familiae herciscundae iudicium, quum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.

Digitized by Google

Zehntes Capitel.

Wie können Prälegate hinterlassen werden?

Wir haben bereits gesehn [1]), daß es auf die Form, wodurch die Absicht zu prälegiren realisirt wird, nach Justinianeischem Rechte nicht mehr ankommt, daß es also gewiß nicht nothwendig ist, dem Erben mit der Formel praecipito ein Legat zu hinterlassen [2]). Ausdrücklich hebt Gaius [3]) die Möglichkeit hervor, an Erben per vindicationem Legate zu hinterlassen [4]). Dasselbe beweisen für Damnationslegate [5]) folgende Stellen: **fr. 104 § 3 De legatis I. 30: quisquis mihi heres erit, damnas esto Attio heredi decem dare [6]); fr. 104 § 5 eod. quisquis**

---

1) Im zweiten Capitel Note 85 ff.

2) Im fünften Capitel Note 18 ff.

3) Gaius II, 221.

4) Beispiele sind in den Digesten: fr. 88 § 3 De legatis II e media hereditate sumito tibique habeto; fr. 41 § 3 De legatis III de medio sumito; fr. 32 § 4 De auro 34, 2 e medio sumito tibique habeto. Vgl. das erste Capitel zu Note 28. Noch ein Beispiel findet sich in den Vatikan. Fragmenten § 87.

5) In dem achten Capitel zu Note 35 ff. haben wir gesehn, daß auch an Erben ein debitum, ein nomen, eine liberatio legirt werden konnte, also Objekte, welche sich nur für Damnationslegate qualificirten.

6) *Gordonius* Praetermissa iuris civilis cap. V in *Otto* Thes. Tom. II p. 842 meint, es sey dieser Paragraph nebst den bei-

mihi heres erit, damnas esto heredi meo decem dare; fr. 34 § 6 De legatis II. 31: quaecunque in legatis reliqui vel dari praecepi, ab Attiano filio meo et herede dari praestarique iubeo [7]); fr. 34 § 1 De legatis III. 32: Titio filio meo nomina ex Kalendario, quae elegerit filius meus sibi, viginti dare damnas sunto sine dolo malo [8]). Daß endlich auch sinendi modo ein Legat dem Erben hinterlassen werden konnte, darf nicht bezweifelt werden [9]), wenn gleich in den Quellen es an Beispielen dafür fehlt [10]).

Dagegen gibt es reichliche Belege dafür, daß Vermächtnisse an Erben schon zur Zeit der classischen Juristen in der Form von Fideicommissen hinterlassen werden konnten [11]).

---

den folgenden die einzige Stelle, aus welcher hervorgehe, daß auch bei einer legirten Quantität dasselbe Recht gelte, als bei legirten Körpern, ut pro parte hereditaria legatum heredi relictum non valeat. Aber ganz dasselbe ist ja auch der Inhalt von fr. 25 § 22 D. fam. herc. 10, 2 (s. dessen Worte im achten Capitel Note 17).

7) In dieser Stelle wollen Nieto und Pfeiffer Diss. § 3 Note n ein sinendi modo legatum finden, aber die Auflage ist an einen Erben gerichtet, und enthält die Verpflichtung zum dare, was auf das Damnationslegat entschieden hinweist. Gaius II, 209.

8) Dieß Beispiel führt *Maranus* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam Opera ed. Trotz p. 576 für ein Damnationslegat zu Gunsten eines Erben an.

9) Denn fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3 spricht ganz allgemein (s. dessen Worte im zweiten Capitel Note 100). Deshalb streiten für die im Texte aufgestellte Ansicht *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis I ad l. 17; *v. d. Pfordten* Diss. p. 11; K. A. Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten. Berlin 1837 S. 86: Prälegate konnten durch alle vier Legatsformen hinterlassen werden.

10) S. jedoch oben Note 7.

11) c. 7 C. fam. herc. 3, 36; fr. 34 § 1 § 3, fr. 77 § 8 § 26 De legatis II. 31, fr. 39 § 2, fr. 40 pr. § 1, fr. 64 De legatis III. 32; fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2; fr. 14 De dote praeleg. 33, 4; fr. 16 De auro 34, 2; fr. 23 De adimendis 34,

Trotz dieser Menge von Beispielen und trotzdem, daß schon die Glosse [12]) sich für diese Ansicht entschieden hat, fehlt es nicht an bedeutenden Juristen [13]), welche ein dem Erben hinterlassenes Fideikommiß nur als uneigentliches Prälegat gelten lassen wollen, und zwar aus zweierlei Gründen. Einmal deshalb, weil das Fideikommiß eine specielle Richtung auf einen bestimmten Honorirten haben müsse [14]), sodann deshalb, weil bei einem Fideikommisse niemals ein Theil hereditario iure gewonnen werden könne [15]).

Beide Gründe sind ungenügend. Was den ersten betrifft, so hat Pfeiffer übersehn, daß schon Papinian in einer solchen Beziehung sagt: non quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio

---

4; fr. 15 § 7 D. ad legem Falcid. 35, 2; fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2. Namentlich werden in der letzten Stelle (deren Worte sich in der Note 90 des elften Capitels finden) die Ausdrücke fideicommissum und legatum von demselben Vermächtnisse gebraucht. Gewiß enthalten die Digesten noch mehrere Beispiele von Singularfideikommissen zu Gunsten von Erben, als die hier angeführten; nur gehört dahin nicht, wie *Pfeiffer* Diss. § 2 Note *h* will, das fr. 21 § 3 De annuis 33, 1, wo die Erben an die Vaterstadt des Erblassers eine Summe zahlen sollen, wenn aber die Stadt die mit diesem Legate verbundene Zweckbestimmung nicht erfüllen will, die Summe für sich behalten können. Denn in diesem letztern Falle tritt ja kein Fideikommiß ein, sondern es fällt das angeordnete Legat fort.

12) Zu fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam. Hier nemlich nennt der Glossator das fideicommissum portionis supplendae ein praelegatum. Derselben Ansicht huldigen ausdrücklich *Maranus* a. a. O. p. 578, Nettelbladt Prälegate S. 13, Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 267.

13) *Anton Faber* Coniecturae 6, 4; *Pfeiffer* Diss. § 2.

14) So *Pfeiffer* a. a. O.

15) So *Faber* a. a. O. Siehe dagegen Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 267, 268, und unten den Text zu Note 27 ff.

dirigetur[16]), sodann, daß man wenigstens heutzutage das Fideikommiß ganz dem Damnationslegate gleichstellen kann[17]), wie ja auch im fr. 95 De legatis III. 32 eine testamentarische Verfügung sich findet, wo die Damnationsformel mit den gewöhnlichen Worten eines Fideikommisses verbunden ist[18]), und daß anerkannter Weise, wie im Eingange dieses Capitels gezeigt ist, per damnationem eigentliche Prälegate hinterlassen sind, ferner auch, daß Fideikommisse ganz gut unbestimmt allen Erben auferlegt werden konnten, z. B. in primis sciant heredes mei[19]), oder quisquis mihi heres erit, fidei eius committo[20]), oder daß an einen bestimmten Erben, welchen der Testator irrigerweise für den einzigen gesetzlichen[21]) oder testamentarischen[22]) Erben hielt, gerichtete Bitten für an alle Erben gerichtet galten. Ist die Bitte aber ausdrücklich an einen unter mehreren Erben gerichtet, so wird natürlich hier ein anomales Prälegat vorhanden sein. So heißt es z. B.

16) fr. 69 pr. De legatis II. 31 ibi fideicommissum petitur ab his, cum quibus testator non est locutus; fr. 77 § 26 D. eod. (die Worte im fünften Capitel Note 103). Im fr. 11 § 4 De legatis III. 32 heißt es: si quis ita scripserit: sufficiant tibi vineae vel fundus, fideicommissum est; quoniam et illud fideicommissum esse arbitramur: contentus esto illa re. S. noch unten Note 93.

17) Roßhirt a. a. O. S. 270.

18) quisquis mihi heres erit damnas esto dare, fideique eius committo ut det. Ja selbst die Formel des Vindikationslegates finden wir mit der fideicommissarischen Bestellung verbunden: quisquis mihi heres heredesve erunt, do lego, fideique eorum committo fr. 36 pr. De cond. et dem. 35, 1.

19) fr. 34 § 3 De legatis II. 31.

20) fr. 16 De auro 34, 2.

21) fr. 40 pr. De legatis III. 32: a patruo, ut legitimo, petierat, ut partem hereditatis avunculo suo daret et agros duos.

22) fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2: curatoris fidei commisit, ne pateretur fundum venire.

im **fr. 39 § 2 De legatis III** [23]), nachdem Scävola erzählt hat, daß zwei Töchter auf gleiche Hälften zu Erben ernannt sind, der Testator habe der einen ein Grundstück prälegirt und sie gebeten, der andern Tochter zwanzig zu geben, und bald darauf wieder gebeten, eben derselben die Hälfte jenes Grundstückes zu restituiren. Daß ein solches Fideikommiß keineswegs gerade an eine mehr oder weniger bestimmt bezeichnete Person gerichtet sein muß, beweist endlich **fr. 40 § 1 De legatis III** [24]). Hier ist die Seja auf drei Viertel, der Mävius auf ein Viertel zum Erben ernannt, und die Seja ist gebeten, ihren Erbtheil mit Zurückbehaltung der geerbten Gärten (**retentis hortis meis**) einem Dritten zu restituiren. Ist die Restitution erfolgt, so kann die Vindikation der Gärten **in assem**, wie sich Scävola ausdrückt, geschehn, weil **etiam coheredis**, d. h.

---

23) Die Worte mit der Erklärung dieses Fragments stehn im zwanzigsten Capitel Note 289 ff.

24) Seiam ex dodrante, Maevium ex quadrante instituit heredes, fidei Seiae commisit in haec verba: a te peto tuaeque fidei committo, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, restituas filio tuo retentis tibi hortis meis; quaesitum est, quum generali capite fideicommisisset, quisquis heres esset, de omnibus ut praestaret, quod cuique legasset, praestari fierive iussisset, an, quum dodrantem hereditatis restituerit, hortos in assem vindicare Seia debet? Respondit, etiam coheredis fidei commissum videri, ut quadrantem, quem in his hortis haberet, Seiae redderet. Die Florentina liest **haberet** Seia, redderet. Wenn nun gleich *Athanasius Oleyza et Olano* in seinen Paralipomena et Electa iuris civilis lib. III cap. 4 § 20 irrt, daß unsere angenommene Leseart multis antiquioribus codicibus comprobata sey, so ist sie doch von den besten Auslegern für nothwendig erklärt, z. B. von *A. Faber* Coniecturae I, 14, *Elbertus Leoninus* Emendationum lib. VII cap. 21, Westphal von Vermächtn. und Fideikomm. S. 87, Robert Schneider in der Uebersetzung dieser Stelle. Nieto dagegen Cap. 4 Nr. 15 behält die unrichtige Leseart und gibt darnach auch eine unrichtige, bereits im zweiten Capitel Note 80 getadelte, Interpretation dieser Stelle.

Maevii fidei commissum videri, ut quadrantem, quem in his hortis haberet, Seiao redderet. Es gilt also dieß Fideikommiß der Gärten, obschon bei demselben die Person des belasteten Erben gar nicht bezeichnet ist [25]).

Der zweite Grund, daß ein Fideikommiß niemals zum Theil **hereditario iure** von dem Erben, dem es hinterlassen ist, erworben werden könne, läßt sich glücklicherweise durch eine ausdrückliche Erklärung Scävolas widerlegen. Ein Mädchen hält irrig ihren Vatersbruder für den einzigen Intestaterben und bittet ihn, (die Hälfte der Erbschaft und) zwei Ackerstücke an ihren Mutterbruder herauszugeben. Ungeachtet der Letztere als gesetzlicher Miterbe des Erstern auftritt, so bleibt doch das Special-Fideikommiß zu Gunsten des erbenden Mutterbruders als giltiges Präfideikommiß [26]) bestehn, indem Scävola sagt, daß der Prälegatar in diesem Falle **unam partem agrorum suorum per bonorum possessionem habeat, alteram vero partem ex causa fideicommissi petere debeat** [27]).

Zuletzt können wir noch auf folgende Weise die Existenz von Vorvermächtnissen in fideikommissarischer Form schon zur Zeit der classischen Juristen beweisen. Zu ihrer Zeit konnten in griechischer Sprache nur Fideikommisse, nicht Legate angeordnet werden [28]); erst Theodos und Valentinian verstatteten Legate in griechischer Sprache giltig zu hinterlassen [29]). Nun

25) Vgl. noch die im fr. 75 pr. De legatis II. 31 und im fr. 11 § 4 De legatis III. 32 erwähnten Fideikommisse.

26) Vgl. das fünfte Capitel zu Note 96 bis 102.

27) fr. 40 pr. De legatis III. 32. Die Worte stehn im zwölften Capitel Note 20. Man vgl. noch die unten zu Note 102 ff. angeführten Beispiele aus den Quellen.

28) Gaius Comm. II, 281; Ulpiani tituli XXV, 9.

29) Novellarum Theodosii II liber tit. 16 const. 1 § 8 ed. *Haenel* p. 64.

finden wir einen in griechischer Sprache abgefaßten Codicill [30]) von Scävola im fr. 14 **De dote praelegata** [31]) mitgetheilt, wo der einen Tochter, die der Testator mit ihrem Bruder und ihrer ältern verheiratheten Schwester zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt hat, eine eben so große Brautgabe, wenn sie heirathen würde, ausgesetzt ist, als ihre ältere Schwester bereits bei Lebzeiten des Erblassers bekommen hat. Scävola, der wegen der Realisirung dieser Brautgabe befragt wurde, gibt zum Bescheide, daß dieselbe Summe, welche die ältere Tochter als Brautschatz bekommen, auch der jüngern als ein **praecipuum ex communi** gegeben werden soll. Dieser Ausdruck **ex communi** bedeutet aber gerade soviel als **e media hereditate** [32]), so daß alle Erben zu diesem Vermächtnisse der Brautgabe nach Verhältniß ihrer Erbportionen beisteuern müssen, also auch die Braut zu einem Drittel, woraus ja die Existenz eines Vorvermächtnisses in diesem Falle hervorleuchtet.

---

30) *Ramos del Manzano* ad tit. de legatis Praelectiones pars I § 15 und *Walch* Exercitatio de lingua latina lingua legitima § 9 haben die Beispiele griechischer Codicille aus den Römischen Rechtsquellen gesammelt.

31) Theopompus testamento facto duas filias et filium aequis partibus instituit heredes et codicillis ita cavit: *Τὴν θυγατέρα μου Κρισπίναν, ἣν ηὐχόμην ἐκδοῦναι, ᾧ ἂν οἱ φίλοι μου καὶ οἱ συγγενεῖς δοκιμάσωσι προνοήσει ἐκδοθῆναι Πολλιανὸς, εἰδὼς μου τὴν γνώμην, ἐπὶ τοῖς ἴσοις, ἐφ' οἷς καὶ τὴν ἀδελπὴν αὐτῆς ἐξέδωκα.* Pollianus a marito puellae iuratus scripsit, voluisse patrem eandem quantitatem in dotem accipere etiam minorem filiam quam maior accepisset. Quaero, an eandem summam dotis nomine coheredes extra partem hereditatis minori filiae praestare debeant. Respondit, eum cuius notio est, aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur.

32) So kommt der Ausdruck vor im fr. 88 § 3 De legatis II. 31. Im fr. 77 pr. De legatis II heißt es de communi, im fr. 28 D. fam. herc. 10, 2 de communi pecunia in derselben Bedeutung.

Digitized by Google

Ein gleichmäßig beweisendes Beispiel finden wir im fr. 34 § 1 De legatis II [33]). Hiernach ist in griechischer Sprache [34]) von dem Lucius Titius seiner Tochter sowohl als seinem Sohne, die beide zu Erben eingesetzt sind, ein Grundstück von ihnen selbst hinterlassen, und es wird gefragt, ob jeder der beiden Erben dieses Grundstück nur zu einem so großen Theile, als ihre Erbschaftsquote beträgt, oder ganz haben soll [35]). Modestinus erwidert darauf, man müsse jedem der beiden Erben, ohne daß er etwas dafür zu zahlen habe [36]), die durch das Vermächtniß hinterlassenen Grundstücke in ihrem ganzen, nicht bloß in dem auf seinen Erbtheil beschränkten Umfange zusprechen [37]). Da hier nun ausdrücklich die hereditaria pars

33) Die Worte siehe im sechsten Capitel Note 57.

34) *Cuiacius* Comm. in lib. 10 respons. Modestini zu dieser Stelle findet gerade in dem gebrauchten Worte βούλομαι den Beweis eines Fideikommisses, was **Nieto** Cap. 3 § 26 ff. bestreitet.

35) **Nieto** Cap. 3 § 26, 27, 28 meint, daß in dieser Stelle Jeder nur a semetipso erwerbe, und er tadelt deshalb den **Raphael Cumanus**, der im Summarium dieses Paragraphen richtig das hier hinterlassene Prälegat theils iure legati, theils hereditario iure erwerben läßt. Er stellt nemlich Cap. 4 § 6 eine ganz unbegründete Unterscheidung auf. Er meint, nur in dem Falle werde ein Theil des Prälegates iure heredis besessen, wenn der Testator unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung des Erbschaftsantrittes das Prälegat hinterlassen hat fr. 88 De legatis I. 30. In dem Falle aber werde Alles legati iure besessen, wenn der Testator den prälegirten Gegenstand jedenfalls dem Honorirten zuwenden will, auch wenn er nicht die Erbschaft antreten sollte fr. 17 § 2, fr. 18 D. eod.

36) **Westphal** von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 82: Wenn die Hälfte, welche Jeder als Erbe schon hatte, ihm ungiltig vermacht worden, so bestand das Vermächtniß nur aus der andern Hälfte, die ihm noch nicht als Erbe gehörte; wenn Jeder ferner nur von sich selbst die Grundstücke haben sollte, so mußte er erst durch Ankauf der einen Hälfte alleiniger Eigenthümer werden. Beides verwirft Modestinus.

37) *Autumnus* Epitome Operum Cuiacii. Parisiis 1615. 4. p. 348.

17

Digitized by Google

praedii von dem andern Theile des hinterlassenen Grundstücks unterschieden wird, so ist nicht zu bezweifeln, daß der Erwerb des ganzen Grundstücks für jeden Erben in der Art Statt findet, daß er an einem Theile des Grundstücks hereditario titulo, an dem andern Theile des Grundstücks fideicommissi seu legati titulo geschieht [38]), was ja gerade zum Wesen des Prälegates gehört.

Wenn alle [39]) Erben auf certae res eingesetzt sind [40]), z. B. der eine Erbe ist auf den fundus Cornelianus, der andere auf den fundus Lybianus, oder der Eine ist auf die provinciales, der Andere auf die italicae res [41]), oder der eine Erbe ist auf die materna, der andere auf die paterna bona [42]), der eine auf urbana, der andere auf rustica praedia [43]), der eine auf einen fundus, der andere auf eine in-

38) *Pothier* Pandectae lib. 30...32 nr. 150: ita scilicet ut partem suam iure hereditario, ceteras (es war jedoch nur ein einziger anderer Theil) iure fideicommissi fideicommissarius habeat.

39) *Hofacker* Institutiones § 205 sagt ungenau: *plures* heredes in re certa scripti pro indefinito scriptis habentur, et res certas ipsis assignatas tanquam praelegata capiunt, indem, wenn nicht alle Erben auf einzelne Sachen instituirt sind, sondern nur mehrere, diese als simple Legatarien gelten (vgl. *Hoernig* [praes. *Breuning*] quaestio iuris controversi, an quarta Falcidia heredi et ab herede in re singulari instituto praestanda § 8 Lipsiae 1774. 4; Löhr in Marezoll's Zeitschrift Bd. 19 S. 74, 76), es müßten denn die auf Quoten eingesetzten Erben die Erbschaft ausschlagen. *Scipio Gentilis* de erroribus testamentorum cap. 10 p. 84 ed. *Rebhan*. Argentorati 1669.

40) Bei einem testamentum parentum inter liberos kann dieß ebenfalls vorkommen Novella 107 cap. 1. *M. I. Euler* de testamento et divisione parentum § 64 § 71. Berolini 1820.

41) fr. 35 pr. De hered. inst. 28, 5.

42) fr. 78 pr. D. eod.

43) fr. 17 pr. De testam. milit. 29, 1. Die Worte s. unten Note 53.

sula [44]), der eine auf ein Drittel eines Grundstücks, der andere auf zwei Drittel desselben Grundstücks [45]) oder verschiedener Grundstücke [46]) zum Erben ernannt, so soll nach der ausdrücklichen Erklärung Papinians, die Ulpian auch zu der seinigen macht [47]), jeder auf solche res certae eingesetzte Erbe mit seinen Miterben die Erbschaft zu gleichen Theilen [48]) haben, gesetzt auch, daß diese Sachen, welche sie vice praeceptionis zum Voraus haben [49]), von sehr verschiedenem Werthe sind [50]). Diese Ansicht beruht zwar nicht auf einer grammatischen Interpretation der Worte in dem Testamente, sondern die Prälegate sind hier erst durch die psychologische Interpretation der Juristen, dem Geiste der Anordnung des Testators gemäß, entstanden; aber nichtsdestoweniger sind hier wirkliche Prälegate vorhanden [51]).

44) fr. 11 De hered. inst. 28, 5.

45) fr. 9 § 13 D. eod. Doch ist hier der Gegenbeweis möglich, daß die am Grundstücke genannten Theile zugleich die Erbtheile bezeichnen sollen. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 40 S. 180.

46) fr. 10 D. eod. Hier ist wohl ex diversitate pretii zu lesen. Ueber andere Vorschläge vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 181.

47) fr. 35 pr. § 1 D. eod. Die Worte stehn im ersten Capitel Note 54.

48) *Mevii* Decisiones Part. I Decisio 115.

49) *Nieto* de praelegatis cap. 2 § 19; *Husman* Paradoxa ad leg. Falcid. Paradoxon XX in *Otto* Thes. Tom. IV p. 1751; Fein das Recht der Collation S. 378.

50) fr. 35 § 2 De her. inst. 28, 5: si forte in aliis facultatibus plus sit in aliis minus (erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est); c. 1 C. si certum petatur 4, 2; Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 179.

51) *Duarenus* Methodica enarratio in tit. Dig. de hered. inst. cap. 3; *Kind* quaestiones forenses Tom. II cap. 61; Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 § 588.

Doch gilt dieß nur, wenn keine Militärperson also testirt hat. Zwar behauptet von der Pfordten [52]) ein Gleiches auch von Militärtestamenten, aber diese Behauptung gilt nur in einem solchen Falle, wie er im fr. 17 pr. De test. milit. [53]) sich findet, und der von den bisher genannten wesentlich verschieden ist [54]). Denn Gaius setzt hier drei Erben voraus, von denen der eine auf die urbana praedia, der zweite auf die rustica praedia, der dritte aber auf die ceterae res instituirt ist. Durch die letzte Anweisung auf die ceterae res hat der Soldat in diesem Falle vollständig über sein Vermögen verfügt, und deshalb werden auch die speciell genannten Sachen, gleichsam als wären sie Präceptionslegate, unter die drei Erben vertheilt, welche alle als auf gleiche Quoten instituirt gelten [55]). Hat eine Militärperson in ihrem privilegirten Testamente etwa zwei Erben, den einen auf den fundus Lybianus, den andern auf den fundus Cornelianus eingesetzt, so werden die Intestaterben ganz allein als Erben gelten [56]),

52) Diss. de praelegatis p. 34 zu Note *f*.

53) Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio, perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.

54) *Duarenus* in tit. Dig. de testam. milit. cap. 6. Es handelt sich in diesem Falle nicht um die Theilung der castrensia und cetera bona, von welcher im § 1 dieses Fragments und im fr. 25 § 1 D. fam. herc. 10, 2 die Rede ist, bei welcher gleichsam zwei Erbschaften, zwei Universalsuccessionen abgesondert werden. Vgl. über die Folgen daraus *Brunnemanni* Comm. in Pandectas lib. 29 tit. 1 l. 17.

55) fr. 35 § 2 De hered. inst. 28, 5 officio iudicis adtribuentur singulis res, quae adscriptae sunt. Erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est. *Pothier* Pandectae 29, 1 nr. 26.

56) c. 2 C. de testamento milit. 6, 21.

und die beiden auf die fundi eingesetzten Personen werden als simple Vermächtnißnehmer diese Grundstücke in Anspruch nehmen können [57]).

Wenn ein Erbe gebeten ist, seinen ganzen Erbtheil zu restituiren, mit Zurückbehaltung gewisser ausdrücklich benannter Sachen [58]) oder einer Summe [59]), so ist gleichfalls ein Präfideikommiß angeordnet [60]). Ob es aber ein solches bleibt, oder in ein simples Vermächtniß umgewandelt wird, hängt davon ab, ob der Fiduciar die Trebellianische Quart abzieht, also Erbe bleibt und in die Quart ganz oder theilweise das Prälegat einrechnet, oder ob er mit dieser Singularsuccession allein sich zufrieden erklärt [61]). Daß in dem ersten Falle kein anomales Prälegat vorliegt, lehrt entschieden Papinian im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum, indem er sagt: soll der restituirende Erbe zur Erbschaft gehörige Grundstücke retiniren,

57) c. 13 C. de hered. inst. 6, 24.

58) Außer den im fünften Capitel zu Note 127 ... 142 citirten Stellen gehören hierher fr. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2 (praecepto servo et peculio), fr. 40 § 1 De legatis III. 32 (retentis hortis meis), § 9 I. de fideic. hered. 2, 23: duabus pluribusve deductis rebus praeceptisve.

59) Acceptis centum aureis et praedio Tusculano fr. 77 pr. De legatis II. 31; accepta certa quantitate fr. 11 § 3 De legatis III. 32; retenta certa quantitate fr. 13 § 6 De hered. pet. 5, 3; praeceptis decem fr. 43 pr. De cond. et dem. 35, 1; acceptis centum nummis fr. 109 D. eod.; deducto ... sibi viginti aureis fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; certa summa deducta praeceptave § 9 I. de fideic. hered. 2, 23. *Faber* de Erroribus Pragmaticorum Decas 31 Error 1 nr. 27 disputirt darüber, ob in diesen Worten eine Bedingung liege.

60) Ohne Grund leugnet in diesen Fällen des „Abziehens, Zurückbehaltens und Präcipirens" die Existenz eines Prälegates *Bolley* im Tübinger Archiv 1803 S. 52 Note a. Vor ihm schon *Corasius* Comm. in l. filium quem § 6 ff. Opera T. II p. 203.

61) Vgl. das fünfte Capitel Note 56 ff.

so hat er nicht nöthig, dieß allein von seiner Erbportion zu thun, sondern es müssen auch seine Miterben ihre Eigenthumsantheile an diesen Grundstücken ihm überweisen, so daß es als von allen Erben hinterlassen gilt. Auch ist nicht etwa der neben den Worten praecipere, retinere und deducere [62]) oft bei dieser Gelegenheit vorkommende Ausdruck accipere so zu verstehn, als solle der Fiduciar allein das zu Empfangende zahlen [63]). Denn der Zusatz im fr. 77 pr. De legatis II. 31 acceptis *ex hereditate* centum aureis läßt vermuthen, daß auch in andern Stellen, wo accipere allein, ohne die nähere Bezeichnung, von Wem der Erbe empfangen soll, steht, die Worte ex hereditate zu suppliren sind [64]). Accipere steht

---

62) Praecipere vel deducere vel retinere iussus fr. 91 D. ad legem Falcid. 35, 2; re deducta sive praecepta § 9 I. de fideic. hered. 2, 23. Man vgl. fr. 5 § 15 Dedonat inter virum 24, 1; fr. 72 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Daß alle diese drei Worte hier gleichbedeutend gebraucht werden, lehren *Goveanus* Comm. ad leg. Falcid. ad l. 91 cit. und Schrader im Commentar zum citirten Institutionen-Paragraphen. *Donellus* Comm. absolutissimi Codicis ad c. 24 C. 3, 36 sagt im § 1: deducto seu praecepto fundo, aut quod idem valet, fundum ei praelegavit. Ueber retinere in dieser Bedeutung insbesondere s. Schenck die Lehre von dem Retentionsrechte § 2 S. 34 Note 3.

63) So scheint Stemann (in Elvers Themis. Neue Folge Bd. 1 Nr. 9 S. 284) das Wort zu nehmen, indem er behauptet: was der Erbe accipit, das hat er titulo singulari entweder als Legat oder conditionis implendae causa. S. unten Note 66. Die richtige Meinung hat *Meier* Collegium iuridicum Argentoratense libro 35 Pandectarum tit. 2 § 16.

64) So Nieto Cap. 2 § 6, *Goveanus* zu fr. 30 § 7 und zu fr. 93 D. ad leg. Falcid. *Cuiacius* in lib. 20 quaest. Papin. ad fr. 93 cit. *Marannus* Tractatus alter ad l. 91 D. 35, 2 (Opera ed. Trotz p. 592) sagt: accipere non demonstrata dantis persona sey soviel als retinere seu deducere de hereditate und *Chesius* Interpretationum iuris lib. II cap. 35 § 5: cum voluerit testator Selo certam quantitatem dari, nec persona fuerit dantis designata, vide-

in dieser Verbindung den andern drei Worten ganz gleich[65]). Natürlich kann von keinem wahren Prälegate die Rede sein, wenn diese Leistung ausdrücklich einer bestimmten Person, wie namentlich dem Universalfideikommissar[66]), auferlegt ist.

Einen Mittelweg schlägt von der Pfordten[67]) ein, indem er einen Unterschied darauf gründen will, ob der Testator gesagt hat: **Titius heres sit et fundum praecipiat**, und hernach: **hereditatem restituat**, oder: **Titius heres sit et praecepto fundo restituat**; im ersten Falle solle ein Prälegat, im

---

tur ab herede hanc summam praestari voluisse testatorem, ut respondetur apertissime in fr. 108 § 14 De legatis I. Allerdings kann die Retention zuweilen eine Fiktion seyn, wie Bolley im juridischen Archiv Bd. 3 S. 28 nachweist, worauf die Worte *tanquam* retenturus im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. unwiderleglich führen. Aehnlich heißt es im fr. 93 D. ad leg. Falcid.: si quis ita scripsit, acceptis centum peto restituas hereditatem, neque personam dantis demonstraverit, *quasi* retentam et praeceptam pecuniam etc.

65) Im fr. 11 § 3 De legatis III. 32 wird der accepta certa quantitas das praecipere des Fiduciars gleichgestellt.

66) So heißt es im fr. 93 D. ad legem Falcid.: acceptis a Maevio centum, hereditatem Maevio restituere rogatus est, im fr. 63 § 5 D. ad SCtum Trebell.: accepta a Titio pecunia rogatus restituere hereditatem. Im fr. 13 § 6 De hered. petit. 5, 3 wird retenta certa quantitate und accepta certa quantitate im Gegensatze genommen, so daß zu accepta die Glosse den richtigen Zusatz macht: de bursa eius, cui restituitur, quod datur causa ad implendae conditionis. In einem solchen Falle ist eine mortis causa capio vorhanden; die Gabe wird implendae conditionis causa dargereicht fr. 63 § 6 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 40 § ult. (Ohne Grund leugnet dieß *Vallius* ad l. 91 D. 35, 2 in *Otto* Thes. Tom. I p. 447.) Darum wird von Mäcian im fr. 30 § 7 D. ad leg. Falcid. unterschieden: quod non figura conditionis accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est.

67) **Diss. de praelegatis p. 26.**

zweiten ein simples Vermächtniß vorhanden sein. Aber die Wortordnung spielt im Justinianeischen Rechte keine so große Rolle mehr [67a]), als daß es hier auf sie ankommen und unsere oben aufgestellte Ansicht dadurch modificirt werden könnte.

Dagegen hat **Roßhirt** Recht[68]), wenn er in dem hier genannten Falle des **deducere**, **retinere**, **praecipere** und **accipere**[69]) nur dann ein wahres Prälegat annehmen will, wenn die von einem Theilerben zurückzubehaltenden Objekte andere Gegenstände als Geld sind. Denn während bei allen übrigen Gegenständen außer dem Gelde, welche von dem Fiduciar in Anspruch genommen werden sollen, dieselbe Verpflichtung der Miterben, wie bei den eigentlichen Prälegaten, eintritt, so ist nach der ausdrücklichen Erklärung Papinians im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell.[70]) bei der Fortnahme des Geldes keine andere Erbportion, als die des Restituenten selbst betheiligt[71]).

67a) S. das achtzehnte Capitel zu Note 20 ff.

68) Vermächtnisse Bd. 1 S. 198.

69) Haec quatuor verba paria sunt hac in re sagt *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis II ad l. 77 pr.; und im Comm. in lib. 9 respons. Papin. zu fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. fügt er zu diesen Worten noch als gleichbedeutende: percipere und detrahere hinzu. Gleicher Meinung ist er in seinen Obss. 8, 4, obwohl er in den Notae ad Digesta lib. 35 tit. 2 ad l. 91 accipere nur von Fideikommissen verstehn will. Allerdings lesen wir nirgends von einem heres accipere iussus, wie von einem heres praecipere (oder recipere, Testamentsausdruck in fr. 93 § 5 De legatis III. 32) iussus.

70) Acceptis centum, hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam iure Falcidiae percipere videtur; et ita Divi Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset. (Diese sieben Worte enthalten höchstwahrscheinlich Worte des Reskripts.) Quod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur. Die folgenden Worte Diversa etc. s. unten Note 77.

71) Selbst wenn der Fiduciar es vorzieht, seine Erbportion

Betrachten wir nun diese Aeußerung Papinians, worauf **Roßhirt** jenen wesentlichen Unterschied gebaut hat, genauer, so findet sich nicht bloß in den beiden Fällen: **acceptis centum**, und **diversa est causa praediorum pro hereditaria parte retentorum** die äußere Bestätigung dieser Ansicht, daß die hundert einzig von dem Erbtheile des Restituenten, dagegen die erbschaftlichen Grundstücke von der ganzen Erbmasse abzuziehn sind, sondern dieser Unterschied scheint auch aus der Natur der Verhältnisse hervorzugehn. Papinian sagt, der Ausdruck **accipere** muß in dieser Verbindung — mein Erbe ist gebeten, **acceptis centum** seinen Erbtheil zu restituiren — soviel als **ex bonis retinere** bedeuten. Denn nach einem hierauf anwendbaren Reskripte von Antoninus Pius [72]) soll man

ohne Abzug zu restituiren, und er die genannte Summe von dem Fideikommissar einfordern will, was ihm nach fr. 11 § 3 De legatis III. 32 (cum quis rogatur, accepta certa quantitate portionem restituere, duplex est fideicommissum; unum ut possit petere quantitatem paratus portione cedere; aliud ut etsi non petet, tamen cogatur fideicommissario restituere parato praestare quantitatem) freisteht, so wird der Letztere doch nur aus der Substanz oder dem Werthe der ihm restituirten Erbportion die Summe zahlen.

72) Da dieß Reskript höchst wahrscheinlich mit dem identisch ist, welches im fr. 91 D. ad leg. Falcid. dem Divus Pius zugeschrieben wird, so haben Viele seit **Cujacius** (Comm. in tit. I de legatis II ad l. 77; Notae in Digesta ad l. 35 tit. 2 fr. 91) den Namen Hadrian, der hier (im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell.) und im fr. 93 D. ad leg. Falcid. 35, 2 vorkommt, von Antoninus Pius, dem Adoptivsohne Hadrians, gedeutet, dessen vollständiger Name (**Zimmermann** Zeitschrift für die Alterthumswissenschaft Jahrgang 1839 S. 454, 467, 468 Inscriptio 100, 114, 118) also lautet: **Titus Aelius Hadrianus Antoninus Augustus Pius**. So *Goveanus*, *Vallius*, *I. Meier*, **Westphal**, **Zimmern**, v. d. **Pfordten**, **Dirksen**. Gegen diese Meinung haben sich *Radulphus Fornerius* Rerum quotidianarum lib. I cap. 17 und *Noordkerk* Observationum Decas cap. 5 p. 98 aus dem sehr schwachen Grunde erklärt, weil zuweilen Constitutionen der Kaiser auf gleiche Weise von

eine solche Aeußerung des Erblassers also auslegen. Der Erbe muß das ihm zugewiesene baare Geld aus der zu restituirenden Erbschaft zurückbehalten [73]); und, so fügt Papinian hinzu, diese Erklärung des Wortes accipere gilt nicht nur, wenn der Universalerbe [74]) seine Erbschaft ganz oder theilweise einem Fremden zu restituiren gebeten ist, sondern auch, wenn ein Theilerbe seine Erbschaft ganz oder theilweise etwa an einen Miterben herausgeben soll. Denn auch in diesem Falle kann er die Hundert von seinem zu restituirenden Erbtheile vorwegnehmen, und es ist nicht nöthig, daß ihm irgend etwas gegeben werde [75]). Wenn aber nicht baares Geld [76]), damit

---

den Söhnen derselben wiederholentlich publicirt sind. — In dem fr. 63 § 5 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 ist das Rescriptum D. Antonini andern Inhalts, wie schon *Maranus* Tractatus alter ad l, 91 D. 35, 2 Opera p. 592 nachgewiesen hat. Vgl. v. *d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 103 nota *k*.

73) Aeltere Juristen, namentlich Bartolus, unterschieden also: ob der Prälegatar nach des Testators Willen das Geld a se ipso haben solle, dann erhalte er es uniformiter, und zwar hereditario iure, oder ob er es a coherede haben solle, dann habe er es, wenn es sich nicht in der Erbschaft befinde, nur legati iure, wenn es aber in der Erbschaft sich befinde, difformiter, d. h. theils hereditario, theils legati iure. Jedoch schon *Ripa* super secundam Infortiati partem ad legem Falcidiam super l. in quartam wendet ganz mit Recht ein, daß, wenn der Prälegatar das Geld von dem Miterben empfangen solle, er es niemals e communi, also difformiter, sondern immer nur legati iure haben könne.

74) § 9 I. de fideic. hered. 2, 23: quae diximus de eo, qui ex asse heres institutus est, eadem transferimus et ad eum, qui ex parte scriptus est.

75) In der That bezeichnet hier accipere, dessen gewöhnliche Bedeutung ist: von Andern empfangen, hier: sich selbst nehmen — nur freilich aus der einem Dritten zu restituirenden Erbschaft.

76) *Matthaeus Gribaldus* Commentarii in l. in quartam D. ad leg. Falcid. Francof. 1577 p. 172: distinguendum est, utrum certa pecunia hereditaria in tali arca recondita legata sit, an vero

schließt Papinian seine Betrachtung [77]), sondern z. B. Erbgrundstücke von dem Theilerben zurückbehalten werden sollen, so ist ein simples Zurückbehalten nicht möglich, weil an diesen Grundstücken nicht der retinirende Erbe allein, sondern auch sein Miterbe ein ungetheiltes Miteigenthum hat [78]), dieß also der Fiduciar erst wirklich von einem Andern bekommen (accipere) muß, ehe er zu der Herausgabe seines Erbtheiles gezwungen werden kann.

Hugolinus [79]) will dieß Leugnen eines Prälegates beim zu retinirenden Gelde auf den einzigen Fall beschränken, wenn ein Theilerbe den Miterben seinen Antheil restituirt. Diese zu große Beschränkung ist leicht als unrichtig nachzuweisen. Denn wenn gleich Papinian in dem eben angeführten Fragmente [80]) nur von der Restitution seines Erbtheils an einen Miterben spricht, so sagt er gerade an diesem Orte: **quod tunc** *quoque* **respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi**

---

quantitas aliqua in genere. Im ersten Falle muß auch nach seiner Meinung dasselbe gelten, was bei den erbschaftlichen Grundstücken. Dieselbe richtige Ansicht vertheidigen auch *Giphanius* Explanatio difficiliorum legum Codicis ad c. 24 C. fam. herc. p. 197, 198, und Bolley im Tübinger Juridischen Archiv Bd. 3 S. 21.

77) **Diversa causa est praediorum pro hereditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri potest, praediorum autem alia portio non nisi a coherede qui dominium habet, accipitur. Quum autem praedia maioris pretii, quam portio hereditatis essent, in superfluo praediorum petenti fidei commissario Falcidiam intervenire visum est; concurrentem enim pecuniam compensari placuit.**

78) Stemann in Elvers Themis Neue Folge Bd. 1 Nr. 9 S. 282.

79) In der Glosse zu fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. v. diversa, indem die Sigle h. ihn bedeutet. Savigny Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter Bd. 5 S. 43.

80) Sowie im fr. 77 pr. De legatis II. 31 s. unten Note 85.

suo restituere rogatur. Daß also der von Hugolinus bezeichnete Fall nicht der einzige ist, in welchem diese Bestimmung gelten soll, kann nicht gut bestritten werden. Nur darüber kann man uneinig sein, was es noch für einen andern Fall gibt, in dem ebenfalls die Existenz eines wahren Prälegates zu leugnen ist. Daß ein solcher Fall der ist, wenn ein **ex asse heres** seine Erbschaft einem Nichterben **accepta pecunia** restituiren soll, ist nach den Anfangsworten dieser Stelle unzweifelhaft; aber ebendeshalb, da hier die Restitution an einen Nichterben geschieht, ist kein Grund einzusehn, warum nicht dasselbe gelten muß, wenn ein Theilerbe einem Nichterben seine Erbportion zu restituiren hat.

Die Verschiedenheit in dem Falle der zu retinirenden Geldsumme und in dem Falle anderer zu retinirender Objekte besteht also darin, daß, wenn Geld zurückbehalten werden soll, die Miterben des Restituenten keinen Beitrag zu liefern haben, wenn aber andere Objekte zurückzubehalten sind, allerdings [81]). Daher ist, wenn gleich nicht nach den Worten des Testators, so doch der Sache nach der Berechtigte an eine bestimmte Person, an sich selbst, insoweit er seinen Erblasser beerbt — an seine eigene Erbportion [82]) — gewiesen [83]), um statt seiner zu

---

81) Bolley im Tübinger Archiv Bd. 3 S. 7.

82) Allerdings ist er an die ganze Erbschaft gewiesen, wenn er **ex asse heres** war; aber das Anomale in diesem Falle zeigt sich schon darin, daß er das Geld ganz hereditario iure (iure Falcidiae siehe das neunzehnte Capitel Note 69, 70) besitzen soll. Wenn Anton Faber Coniecturae 6, 4 sagt, daß die legata pecunia tota ex *coheredis* pecunia confici potest, so hat er dabei übersehn, daß der restituirende Erbe das Geld nicht erst von seinem Miterben nach der Restitution einfordert, sondern daß er nach dem Reskripte Hadrians als Retinent desselben aus der Erbmasse angesehn werden soll.

83) Die Regel a semetipso legatum dari non potest erleibet also auch hier eine und zwar, wie es scheint, durch keine Nothwendig-

restituirenden Erbschaft eine Summe Geldes zu haben; und schon deshalb müssen wir in diesem Falle die Existenz eines eigentlichen Prälegates leugnen [84]).

Dasselbe beweist auch Papinian im fr. 77 pr. De legatis II [85]), worin sich folgende testamentarische Bestimmung findet. Ein Mann, der außer seiner Frau noch seinen Sohn und seine Tochter zu Erben instituirt hat, richtet speciell an die Tochter folgende Bitte: gib deinen Erbtheil der Mutter und empfange dafür aus meiner Erbschaft hundert Dukaten und das Tuskulaner Grundstück als deinen Erbtheil! Ungeachtet hier der Erblasser ausdrücklich verfügt hat, die hundert Dukaten aus der ganzen Erbschaft zu entnehmen, also, wie es wirklich in Beziehung auf das Grundstück der Fall ist, auch in Beziehung auf die hundert Dukaten ein wirkliches Prälegat vorhanden zu sein scheint, so sehn wir doch, daß Papinian dahin entscheidet, es solle die Tochter das Grundstück aus der Erbmasse (de communi) bei der Erbtheilung erhalten, das Geld hingegen aus ihrem eigenen Erbtheile (de parte sua) retiniren [85a]). Wenn also die ausdrückliche Erklärung des

---

keit gebotene Ausnahme, indem dieser Fall der accepta pecunia auch als eine ad implendam conditionem data mortis causa capio (Note 66) hätte angesehn werden können.

84) *Corasius* Comm. in l. filium quem § 5 Opera ed. *Forster* Tom. II p. 203.

85) Quum pater filios, eorumque matrem heredes instituisset, ita scripsit: peto a te, filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano, partem hereditatis restituas matri tuae; respondi, praedium quidem hereditarium iudicio divisionis de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam.

85a) Offenbar Unrecht hat daher *Grangianus* (Paradoxa iur. civ. cap. 24 in *Otto* Thes. T. V p. 639), wenn er die Ansicht aufstellt, daß stets im Falle mehrerer direkter Erben Derjenige, wel-

Testators, das Geld aus der ganzen Erbschaft zu nehmen, und die Zusammenstellung der zu retinirenden Summe mit andern zurückzubehaltenden Objekten nicht im Stande ist, aus diesem Geldfideicommiß ein eigentliches Prälegat zu schaffen, so wird dieß in keinem Falle möglich sein.

Wie aber macht es sich mit dem Retiniren eines Capitals, welches dem zu restituirenden Erbtheile an Werthe gleich kommt oder denselben sogar übersteigt. In einem solchen Falle möchte man schon deshalb geneigt sein, das Zustandekommen des Universalfideikommisses zu leugnen, weil sein Betrag nicht aus dem zu restituirenden Erbtheile entnommen werden kann. Setzen wir z. B. den Fall: Die Erbschaft ist vierhundert werth; vier Erben sind zu gleichen Theilen zu ihr berufen; dem einen derselben ist als Fideikommiß die Restitution seines Erbtheiles auferlegt, und außerdem angeordnet, daß derselbe dafür eine Summe von zweihundert haben soll. In diesem Falle kann er nur den Werth von Hundert aus seiner Erbportion retiniren, und der Fideikommissar wird schwerlich eine so große Affektion für viele oder die meisten Erbschaftsstücke haben, daß er sie das Doppelte der Taxe werth hält und daß er sich also entschließen sollte, aus seinen eigenen Mitteln eine so unverhältnißmäßig große Summe dem Fiduciar gleichsam als Kaufpreis für den Erbtheil zu offeriren[86]), so daß in der Regel[87]) eine

cher ein Grundstück bei der Restitution seines Erbtheils zurückbehalten soll, dieß ganz von seiner Erbportion retinirt.

86) fr. 30 § 7 D. ad legem Falcid. 35, 2: quodammodo pro pretio. Wolley im Tübinger Archiv 1803 S. 3 u. 4 Note a. S. 40.

87) Möglicherweise kann der Fideikommissar die Unrichtigkeit der geschriebenen Summe und eine ihm günstigere nachweisen (arg. fr. 9 § 4 De hered. inst. 28, 5, fr. 15 pr. De legatis I. 30; *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 15 pr. De legatis I Opera posthuma Tom. I p. 295); dann wird er den Fiduciar zur Abtretung seines

solche Disposition wirkungslos bleiben wird, weil der Fideikommissar schwerlich unter diesen Umständen auf die Restitution der Erbschaft dringen wird [88]), der Fiduciar aber den Fideikommissar nicht auf diese Summe mit Erfolg belangen darf, sobald dieser auf seine Fideikommißerbschaft verzichtet [89]). Zahlt aber dennoch der Fideikommissar die Summe, so ist diese, wie in dem Falle des **acceptis a Maevio centum** kein Vermächtniß, sondern eine **mortis causa capio** im engern Sinne [90]).

Dem eben dargestellten Falle: **restituas acceptis seu retentis certis rebus** steht es vollkommen gleich, wenn der Testator sich also ausgedrückt hat: **restituta hereditate esto contentus certis rebus**, für welche letztere Ausdrucksweise wir außer in einem Reskripte der Kaiser Severus und Caracalla [91])

Erbrechts zwingen, wozu er immer berechtigt ist, fr. 11 § 3 De legatis III. 32 (die Worte s. oben Note 71).

88) Wären die zweihundert ein wahres Prälegat, so würde jeder Erbe an dem Prälegate (also auch der Honorirte) funfzig zu zahlen gehabt haben, und die von dem Fideikommissar zu empfangende Erbschaftsquote würde von keinem größern Betrage als von funfzig gewesen sein.

89) fr. 30 § 7 D. ad legem Falcidiam: quo loco (d. h. nach *Bynkershoek* Obss. 5, 15 paragrapho vel capite; doch übersetzt Sintenis richtiger: bei dieser Gelegenheit; nach Anton Faber Coniecturae 6, 3 bilden die folgenden Worte, obschon sie in allen Handschriften stehn, ein Glossem) amplius quaesitum est, an fideicommissarius quoque invitus cogatur dare eam summam, et recipere hereditatem, quasi et ipsius fideicommissum esset? Sed id verisimile non est, cum talis oratio magis ipsius causa, quam contra ipsum posita videatur. Man vgl. die Glosse zu dieser Stelle und *Pothier* Pandectae lib. 30...32 nr. 30.

90) fr. 93 D. ad legem Falcid. 35, 2: in centum, quae mortis causa capiuntur, admitti Falcidia non potest.

91) § 3 I. quib. mod. testam. infirm. 2, 17 aus derselben Quelle als fr. 29 D. ad SCtum Trebell. entnommen; die Worte im neunzehnten Capitel Note 71.

und der beiden Philippe [92]) zwei Beispiele bei Papinian im **fr. 69 pr. De legatis II** finden.

Das zuerst angeführte Reskript entscheidet einen ganz eigenthümlichen Fall. Jemand hat nach Errichtung eines giltigen ersten Testamentes ein zweites solennisiren lassen, in welchem der einzige darin ernannte Erbe nur auf bestimmte Gegenstände eingesetzt, und zugleich das Fortbestehn des frühern Testamentes garantirt ist. Nach diesem Reskripte soll das zweite Testament allerdings gelten, jedoch der darin eingesetzte Erbe verpflichtet sein, entweder nach Abzug jener bestimmten Gegenstände oder nach Abzug des vierten Theiles der Erbschaft den Ueberrest derselben an die im ersten Testamente eingesetzten Erben zu restituiren [93]). In dem zweiten Reskripte zeigt sich die Bitte an einen Testamentserben, sich mit bestimmten Sachen statt seines Erbtheiles zu begnügen, keineswegs erfolglos, ungeachtet sie in einem Codicille ausgesprochen war. Papinians erstes Beispiel lautet so [94]): wenn ein testamentarischer Theil-

92) c. 2 C. de codicillis 6, 36: Hereditatem quidem neque dari neque adimi codicillis posse manifestum est; verbis tamen precariis per huiuscemodi etiam novissimi iudicii ordinationem iura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatum esse, ut quibusdam rebus contenta portionem, quam testamento fueras constituta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est.

93) Höpfner Commentar § 518. Vierte Einschränkung Note 4.

94) „Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis," fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si, cum heredem ex parte instituisset ita locutus est: „peto pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis"? Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus. (Die folgenden Worte s. Note 96.) Ueber dieß Fragment ist *Cuiacius* Comm. in quaest. Papin. lib. 19 ad fr. 69 De legatis II zu vergleichen, wo er und noch

erbe gebeten ist, statt seines Erbtheils mit hundert Dukaten zufrieden zu sein, so ist er berechtigt, jene Hundert von seinem Erbtheile zurückzubehalten, und seine Miterben dürfen nur den Rest des Erbtheils als Fideikommiß einklagen [95]). Ganz Dasselbe gilt in dem zweiten ebenda mitgetheilten Beispiele [96]), wo der testamentarische Universalerbe gebeten ist, zu Gunsten des Intestaterben mit Hundert zufrieden zu sein. Denn auch hier kann der Testamentserbe Hundert als Fideikommiß aus seiner Erbschaft zurückbehalten [97]).

Ebenhierher glauben wir den Inhalt der ersten Worte von Novelle 115 Cap. 5 ziehn zu können [98]). Wir legen nemlich hier den Fall zum Grunde, daß, während einige Erben auf Theile, die das Ganze erschöpfen, eingesetzt sind, oder nur ein einziger Erbe ex asse ernannt ist, einige Kinder oder Ascendenten zwar ganz allgemein (also ohne Erwähnung von

---

ausführlicher im Comm. in tit. I de legatis II ad h. l. und ad l. 86 den Einwand widerlegt, als liege in dieser nicht an den Belasteten gerichteten Rede, in diesem Universalfideikommiß zu Gunsten der Miterben, ein nudum praeceptum.

95) *Chesius* Interpretationum iuris lib. II cap. 33 in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. II p. 518 sqq.

96) fr. 69 pr. De legatis II .... Idem dicemus, si quum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.

97) Treitschke in der Uebersetzung dieser Stelle im Deutschen Corpus iuris Bd. 3 S. 313 Note 94.

98) *Ταῦτα δὲ διετυπώσαμεν, ἵνα καὶ τοὺς γονεῖς καὶ τοὺς παῖδας ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθερώσωμεν. Εἰ δέ τινες κληρονόμοι ὀνομασθεῖεν, κἂν εἰ ῥητοῖς πράγμασιν ἀρκεσθῆναι προςαχθεῖεν, ἐν τούτῳ τὴν μὲν διαθήκην μὴ ἀνατρέπεσθαι προστάττομεν, ὅπερ δ' ἂν ὑπέλαττον αὐτοῖς τῆς ἐκ τῶν νόμων μοίρας καταλειφθῇ, τοῦτο κατὰ τοὺς ἄλλους ἡμῶν νόμους παρὰ τῶν κληρονομῶν ἀποπληροῦσθαι.*

Theilen) zu Erben ernannt sind, aber mit dem Zusatz, daß sie mit dieser oder jener Sache zufrieden sein sollen. Ist dieß geschehn, so soll dadurch die Rescission des Testamentes abgewendet sein, und die bezeichneten Erben sollen nur die Ergänzung des Pflichttheils verlangen können, wenn die für sie bestimmten Sachen ihrem Werthe nach noch nicht die Höhe des Pflichttheils erreichen [99].

In den Fällen also, wenn alle Erben auf bestimmte Sachen ernannt sind, wenn für die Erben eine Erbtheilung vom Testator vorgenommen ist [100], wenn an sie die Bitte gerichtet ist, ihren Erbtheil **accepta, retenta, praecepta, deducta certa re** zu restituiren, oder mit bestimmten Sachen zufrieden zu sein, sehn wir zwar Prälegate, aber sie sind nicht vom Testator als solche formell angeordnet, weshalb mehrere Juristen [101]) **expressa** und **tacita praelegata** unterscheiden, ob-

---

99) Burchardi System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 331 S. 1068 Note 14. Von Athanasius Scholastikus werden die in der vorigen Note angeführten Worte der Novelle in seinen Novellen Tit. 4 Const. 7 (*Heimbach* Anecdola Tom. I p. 89) so wiedergegeben: *Ὁ ἐπὶ ῥητῷ πράγματι γραφεὶς κληρονόμος οὐκ ἀνατρέπει τὴν διαθήκην, ἀλλὰ το λεῖπον τῷ νομίμῳ μέρει προςαναπληροῦται*; ebenso, wenn gleich etwas corrumpirt, in seinen Paratiteln zu Tit. 9 § 8 (*Heimbach* a. a. O. p. 110), wo das letzte Wort nicht *ἀναπληροῦται*, sondern auch *προςαναπληροῦται* zu lesen ist, da zu Justinians Zeit die mit zwei Präpositionen zusammengesetzten Verba sehr in Uebung waren. Die Fortlassung des *προς* erklärt sich daraus, daß mit den unmittelbar vorhergehenden Worten *πρὸς τὸ νόμιμον μέρος* gerade eine Seite schloß, der Abschreiber, der am Schlusse des Blattes die Buchstaben *ρος* stehn sah, das Wort *προς* schon hingeschrieben glaubte.

100) S. das neunte Capitel Note 18 ff.

101) *Brunnemann* Comm. in Pand. l. 40 § 1 De legatis III; *Hertius* Diss. de praelegatis § 5; *Francke* de legato praeceptionis § 3; *I. E. I. Mueller* Promtuarium iuris novum v. praelegatum nr. 1 Lips. 1795. 4. Vol. V p. 598; *Pfeiffer*

wohl diese unter sich nicht ganz einig sind, welche Species der Prälegate der einen oder der andern Gattung angehören.

So ist es sehr bestritten, ob sich im fr. 86 pr. De legatis II der Fall eines stillschweigend hinterlassenen Prälegates findet [102]. Es hat, so referirt Paulus [103]), eine Frau den Gaius auf die eine Hälfte ihrer Erbschaft mit Ausnahme zweier Häuser eingesetzt [104]). Beide Häuser sammt deren Zubehör, sagt die Erblasserin, sollen zu der Erbportion des Gaius nicht gehören. Also müssen diese beiden Häuser ganz dem einen oder den mehreren Miterben des Gaius zufallen. Wenn nun gleich, sagen einige Juristen [105]), diese Fakta richtig sind, und

Diss. de praelegatis § 4; Archiv für die Rheinprovinzen Bd. 16 (Neue Folge Bd. 9) S. 145. Diese Juristen sprechen, ohne specielle Aufzählung der Fälle, nur im Allgemeinen davon, daß, wenn gleich vom Erblasser nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß ein Vermächtniß zum Voraus oder neben dem Erbtheile gegeben sey, doch ein solches angenommen werden könne, falls genugsam erhelle, daß des Testators Wille auf ein solches gerichtet gewesen sey.

102) Hert, Francke und Pfeiffer führen dieß Fragment als Beispiel eines stillschweigend hinterlassenen Prälegates an.

103) „Caius Seius pronepos meus heres mihi esto ex semisse bonorum meorum, excepta domu mea, et paterna, in quibus habito, cum omnibus, quae ibi sunt. Quae omnia scias ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere;" quaero, quum sit in his domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an haec omnia, quae illic inveniuntur, ad alios heredes institutos debeant pertinere. Paulus: respondi, nomina debitorum non contineri, sed omnium esse communia, in ceteris vero nullum pronepoti locum esse.

104) Ganz anders würde die Entscheidung ausfallen, wenn der so eingesetzte Erbe ex asse heres wäre fr. 74 De hered. inst. s. Note 106.

105) So Nettelbladt von Prälegaten S. 13, 14, der das Dasein eines taciti praelegati überhaupt bestreitet. Freilich hat er nur dieß einzige Beispiel eines stillschweigenden Prälegates vor Augen, da Pfeiffer kein anderes anführt.

daraus ein Fideikommiß zu Gunsten der Miterben des Gaius gefolgert werden kann, so muß man doch in diesem Falle deshalb die Existenz eines eigentlichen und wahren Prälegates leugnen, weil hier das beschwerte Subjekt der eine namentlich bezeichnete Erbe, nemlich der Gaius ist, und die namentliche Belastung eines einzigen Erben zu Gunsten der andern nur den Begriff des anomalen Prälegates constituirt. Allein gegen diese Deduktion müssen wir uns erklären, weil eine solche namentliche Belastung in dem vorliegenden Falle der richtigen Ansicht nach sich nicht findet. Gaius ist nemlich nur zu Gunsten seiner Miterben von der Succession in diese beiden Häuser ausgeschlossen. Er soll keineswegs aus seiner Erbportion die beiden Häuser seinen Miterben gewähren, sondern diese Häuser fallen ihnen ex communi zu, so daß der Gaius nur die ihm sonst an denselben gebührende Hälfte Jenen lassen muß, aber er doch keineswegs als der einzig Belastete betrachtet werden kann [106]. Ganz analog ist der Fall [107], wenn ein Erblasser in seinem Testamente also disponirt: meine Söhne

106) Für dieselbe Ansicht erklären sich *Cuiacius* Comm. in lib. XIII resp. Pauli und Comm. in tit 1 de legatis II zu dieser Stelle, sowie *Hertius* de praelegatis § 5. Dieselben Juristen erklären sich gegen die Annahme eines Prälegates in fr. 74 De hered. inst. 28, 5. Es heißt hier: Jemand ist zum alleinigen Erben instituirt mit der Beschränkung excepto fundo oder excepto usufructu (*Donellus* Comm. iur. civ. 6, 18 liest mit einer nicht zu vertheidigenden Conjektur, der jedoch Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 160 § 449 Anm. 3. I. A. 1. a zu folgen scheint: ex certo fundo und ex certo usufructu). Dieser Zusatz ist als etwas vollkommen Ueberflüssiges zu betrachten (*Scipio Gentilis* de erroribus testamentorum cap. 10 p. 82 ed. *Rebhan*. Argentorati 1669), und nicht, wie *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 34 nota *b* will, als ein Fideikommiß zu Gunsten der gesetzlichen Erben.

107) Glück führt diesen Fall in seinem Commentar Bd. 7 S. 276 an.

setze ich zu meinen Erben ein; jedoch soll mein Aeltester in Ansehung meines Wohnhauses enterbt sein. Diese Enterbung ist giltig; der älteste Sohn kann von diesem Hause Nichts fordern, weil dasselbe ein Prälegat für die übrigen Kinder ist [108]).

Dagegen ist in der c. 18 pr. C. fam. hercisc. von einem stillschweigend errichteten Prälegate, wie Böhmer [109]) und Francke [110]) behaupten, keineswegs die Rede. Denn die Kaiser sprechen hier nur den Satz aus [111]), daß, wenn der Vater im Namen seiner Tochter Sachen angeschafft und später seinen Willen, der auf eine Schenkung an seine Tochter gerichtet war, nicht geändert hat, jene Sachen der Tochter bei der Erbtheilung vorweg zugesprochen werden müssen. Ein Vermächtniß ist hier also gar nicht vorhanden, sondern eine durch des Vaters Tod bestätigte Schenkung an seine Tochter [112]).

108) Francke das Recht der Notherben S. 68.

109) *I. H. Boehmer* Introductio in ius Digestorum lib. 30 § 13.

110) de legato praeceptionis § 3.

111) Filiae, cuius nomine pater res comparavit, si non postea contrarium eius iudicium probetur, per arbitrium (arbitrum) dividundae hereditatis praecipuas adiudicari, saepe rescriptum est. His itaque, si patri successisti, quem nomine tuo quaedam comparasse dicis, adversus sororem tuam apud Praesidem Provinciae, si res integra est, uti potes.

112) Dieß ist eine von den drei Ansichten, welche die Glosse über den Inhalt dieser Verordnung angibt. Für sie entscheidet sich auch F. A. Schilling Lehrbuch der Institutionen § 354 Note *t*.

Eilftes Capitel.

Nebenbestimmungen der Prälegate.

Die Frage, ob Nebenbestimmungen den Prälegaten hinzugefügt werden können, ist schlechthin zu bejahn. In der Natur der Prälegate liegt nemlich durchaus nichts, was daran hindern könnte; und durch zahlreiche Quellenzeugnisse wird auch die Existenz von causa, modus und andern Beschränkungen, von dies und von conditio bei den Prälegaten bewiesen [1]).

Wir lesen [2]), daß einem Sohne deshalb zehn prälegirt sind, weil sein älterer Bruder bei Lebzeiten des Vaters ebensoviel baar bekommen habe. Es ist gar nicht einmal noth-

1) Die Möglichkeit, in Bezug auf ein Prälegat eine Substitution anzuordnen, ist im fr. 18 § 1 De cond. inst. 28, 7 anerkannt (die Worte s. unten Note 71).

2) fr. 12 De cond. et dem. 35, 1: si ita legatum sit: quoniam filius maior ex arca mea decem sustulit, heres minor filius decem e medio sumito, debetur legatum, quia idcirco relictum est, ut conditio filiorum exaequaretur, et sane haec causa est; nam causa in praeteritum, poena in futurum confertur. Westphal von Vermächtn. u. Fideik. S. 465 bemerkt zu dieser Stelle: ist der Beweggrund wahr, so wird das Legat dadurch um so mehr bestärkt. Vgl. fr. 14 De dote praeleg. 33, 4 unten Note 9. Auch im fr. 22 § 1 De alimentis 34, 1 spricht Valens von einer causa praelegandi. Auch läßt es sich als Beweggrund ansehn, wenn der Testator, wie in fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam ein Prälegat portionis supplendae gratia hinterläßt.

wendig, daß die causa als solche in irgend einer Weise [3]) angegeben sey. Im fr. 25 De adimendis hat der Testator dem Einen seiner beiden Erben ein Grundstück, und gleich darauf dem Andern eine ebensoviel werthe Forderung prälegirt [4]). Dieß zweite Prälegat war einzig aus dem Beweggrunde hinterlassen, weil der Testator den zweiten Erben nicht schlechter als den ersten stellen wollte, wie die Entscheidung Papinians lehrt, indem das zweite Prälegat nicht weiter fortbestehn sollte, nachdem der Testator durch den freiwilligen Verkauf jenes Grundstückes das Prälegat desselben zurückgenommen hatte [5]). Im fr. 17 § 2 De condition. et demonstrationibus [6]) ist einem Sohne ein Grundstück zum Voraus hinterlassen, weil der andere Sohn Hundert baar empfangen hat. Dieß Vermächtniß gilt jedenfalls; war aber die causa etwa bedingt gestellt [7]): wenn der andere Sohn Hundert baar empfangen, so fällt mit der Unwahrheit der causa das ganze Prälegat zu-

3) Im Testamente des Gregorius von Nazianz lesen wir: Gregorium (das ist der eine Erbe) qui mihi fideliter ministravit, habere volo aureos numero L. bei *Spangenberg* Tabulae negotiorum p. 75.

4) Text und (mehrfach versuchte) Interpretation dieser Stelle finden sich im zwanzigsten Capitel zu Note 313 ff.

5) *Cuiacius* Comm. in lib. IX resp. Papin. zu dieser Stelle sagt: quasi cessante causa ademtum est legatum.

6) Quod iuris est in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, veluti ita: Titio fundum do, quia negotia mea curavit; item: fundum Titius filius meus praecipito, quia frater eius ipse ex arca tot aureos sumpsit. Licet enim frater huius pecuniam ex arca non sumsit, utile legatum est.

7) fr. 17 § 3 De cond. et dem. 35, 1: At si conditionaliter concepta sit causa, veluti hoc modo: Titio, si negotia mea curavit, fundum do; Titius, filius meus, si frater eius centum ex arca sumsit, fundum praecipito, ita utile erit legatum, si et ille negotia curavit, et huius frater centum ex arca sumsit.

sammen. Möglicherweise ist auch im fr. 3 § 3 **De usuris** dem eingesetzten Erben Pollidius darum ein Landgut prälegirt, weil die Testatrix glaubte, Pollidius werde die Erbschaft, die er der Tochter der Erblasserin nach ihrer Mündigkeit restituiren solle, besser als die Vormünder der Tochter verwalten [8]).

Zahlreicher finden sich Zweckbestimmungen dem hinterlassenen Prälegate beigefügt [9]). Im **fr. 14 De dote praelegata** wird referirt, daß der Erblasser seiner jüngern Tochter eine Summe zur Brautgabe in demselben Umfange prälegirt habe, als bereits ihre ältere verheirathete Schwester eine solche empfangen, worin die Verbindung der **causa** mit einem **modus** liegt [9a]). Nach **fr. 34 § 2 De legatis III** [10]) hinterläßt eine Frau das von ihr ererbte Vermögen ihres Mannes einem von ihren Erben mit der Auflage, die auf diesem prälegirten Vermögen haftenden Schulden nur [11]) aus dessen Einkünften zu

8) Dieß scheinen die Worte Papinians: **sive quod fundum ei tantum praelegaverat, sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat.**

9) Im Zweifel ist die einem Prälegate beigefügte „Bestimmung" als Zweckbestimmung und nicht als Bedingung auszulegen, um das Prälegat aufrecht zu erhalten. Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Preußischen Rheinprovinzen Bd. 29 Heft 2 S. 98 ff.

9a) Einen gleichen Fall finden wir in den **Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 105 nr. 12** entschieden.

10) **Uni ex heredibus per praeceptionem reliquit ea, quae ex patrimonio viri sui Aretonis ei supererant; eiusque fidei commisit, haec eadem restituere pronepoti, quum erit annis sedecim** (s. unten Note 28), **in quibus haec verba adiecit: item rogo, uti reliquum aes alienum, quod ex bonis Aretonis debetur, omnibus creditoribus ex reditibus eorum bonorum solvas, reddas satisque facias; quaesitum est an, si probaverit heres non sufficere reditum bonorum ad totius debiti exsolutionem, nihilominus tamen ipse debet agnoscere onus aeris alieni? Respondit, manifeste proponi, ex reditibus bonorum eorum iussum aes alienum exsolvere, non de proprio.**

11) *Cuiacius* **Comm. ad tit. de legatis III ad l. 34 § uni.**

bezahlen. Im fr. 88 § 2 De legatis II [12]) verfügt eine Wittwe, daß zwei von ihren erbenden Söhnen Alles, was die Testatrix von ihrem verstorbenen Manne geerbt, zum Voraus haben, dafür aber auch alle auf jener Erbschaft lastenden schon bekannten oder noch später sich ergebenden Schulden bezahlen sollen. Im fr. 88 § 3 D. eod. [13]) wird zweien Personen Schmiedewerkzeug prälegirt, damit sie dieß Handwerk gemeinsam ausüben; und ungeachtet der Eine von ihnen vor dem Testator gestorben, also die gemeinsame Ausübung des Schmiedegeschäftes unmöglich geworden ist, so wird doch, da der überlebende Erblegatar an dem theilweise unmöglich gewordenen Zwecke unschuldig ist, diesem das halbe Handwerkszeug zugesprochen [14]). Im fr. 32 § 6 De usu et usufructu legato [15]) lesen wir, daß einer erbenden Tochter der Nießbrauch

---

12) Quae marito heres exstiterat, ita testamento cavit: Maevi et Semproni, filii dulcissimi, praecipitote omne, quidquid ex hereditate bonisve Titii, domini mei, patris vestri, ad me pervenit mortis eius tempore, ita tamen, ut omne onus eiusdem hereditatis tam in praeteritum, quam in futurum, nec non etiam, si quid post mortem Titii domini mei, agnoscatis; quaero, an, si quid solvisset post mortem mariti, quum ipsa functus cepisset, dedisset, ad onus eorum pertineret. Respondi, secundum ea, quae proponerentur, ea duntaxat onera legatariis imposuisse, quae superessent. Darüber, daß auch unter Umständen die von der Frau bereits bezahlten Schulden von jenen beiden Prälegatarien zu übernehmen sind, vgl. Westphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 137...139.

13) Die Worte und die Interpretation dieser Stelle im funfzehnten Capitel Note 85 ff.

14) c. 1 C. de his quae sub modo 6, 45; *Cuiacius* in lib. III respons. Scaevolae ad fr. 88 § 3 De legatis II.

15) Duas filias et filium mente captum heredes scripsit, filiae portionis mente capto datae usumfructum legavit in haec verba: hoc amplius Publia Clementiana praecipiet sibi usumfructum quartae partis hereditatis meae, ex qua Iulium Iustum, filium meum, heredem institui, petoque a te, Publia Clementiana, uti fratrem tuum

an der Erbportion ihres blödsinnigen Bruders unter der Modalität hinterlassen ist, daß sie denselben ernähre, vertrete, überhaupt für ihn sorge, bis er wieder zu Verstande gekommen sein wird. Auch gehört hierher die Auflage, ein prälegirtes Capital zu Alimenten für Freigelassene [16]), oder auf die Erlernung der freien Künste von Seiten des Honorirten zu verwenden [17]). Endlich kann man dahin den Fall zählen, wornach zu dem Zwecke einem Erben ein Prälegat hinterlassen ist, damit er die ihm auferlegten Vermächtnisse ohne allen Abzug zahle [18]). Bei einem so modificirten Prälegate kann eine Caution wegen Erfüllung der Auflage verlangt [19]), und wenn der Prälegatar keine Anstalten zur Erfüllung der Auflage macht,

---

Iulium Iustum alas, tuearis, dependas pro eo, pro quo tibi usumfructum portionis eius reliqui, donec mentis compos fiat, et convalescat; quaesitum est, quum filius in eodem furore in diem mortis suae perseverans decesserit, an ususfructus interciderit. Respondit, verbis, quae proponerentur, perseverare legatum, nisi manifestissime probetur, aliud testatorem sensisse.

16) fr. 8 De alimentis 34, 1. In dieser Stelle wird der Unterschied zwischen dem erbenden Vermächtnißnehmer, dessen Legat mit der Zahlung von Alimenten belastet ist, und dem Erben, dessen Mandat darin besteht, einmalige Vermächtnisse zu zahlen (Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 43 S. 394 Note) von Papinian deutlich gemacht. Vgl. fr. 10 D. eod., fr. 7 D. si cui plus 35, 3.

17) fr. 21 § 5 De annuis 33, 1.

18) fr. 75 D. ad legem Falcidiam: Si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet. Der Erbe hatte hier also die Wahl, ob er sich für die Einforderung des Prälegates oder für den Abzug der Falcidischen Quart entscheiden wollte. Beides zusammen durfte er nicht in Anspruch nehmen. Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 315 Note 299.

19) fr. 19 De legatis III; fr. 40 § 5, fr. 80 De cond. et dem. 35, 1 ausgenommen, wenn der Berechtigte allein bei der Ausführung der Zweckbestimmung interessirt ist fr. 71 pr. D. eod.

aus dieser Caution geklagt werden. War aber die Bestellung der Caution versäumt, so bleibt eine außerordentliche Anrufung der richterlichen Hilfe übrig [20].

Eine Belastung des Prälegates, daß prälegirte Grundstücke so lange nicht veräußert werden dürfen, bis der zuletzt Lebende der drei Collegatarien ihr Alleineigenthümer geworden, findet sich im fr. 78 § 13 D. **ad SCtum Trebellianum** [21]. Auch mit einem Fideikommisse finden wir Prälegate beschwert. Scävola erzählt folgenden Fall zweimal [22]. Einem Erben ist ein Grundstück prälegirt und er gebeten, den Enkel des Erblassers zum Miterben auf dieses Grundstück anzunehmen. Dem Enkel mußte wegen dieses Fideikommisses von dem Prälegatar die Hälfte des Grundstückes abgegeben werden. Noch andere Beispiele der Belastung eines Prälegates mit Fideikommissen lesen wir in fr. 39 § 2 **De legatis III** [23]) und in fr. 31 § 1 **De adimendis** [24]).

20) arg. fr. 92 D. eod., fr. 17 § 2 De manum. testam. 40, 4. *I. H. Boehmer* Doctrina de actionibus Sect. II cap. 3 § 93 nota *t*.

21) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 28 ff.

22) Schon *Prateius* Iurisprudentia media Geminationum cap. 92 hat die Identität zwischen fr. 38 § 8 De legatis III und fr. 93 § 5 eod. bemerkt: ex parte dimidia heredi (daß so und nicht herede gelesen werden müsse, verlangt mit Recht Westphal a. a. O. S. 242) instituto per praeceptionem fundum legavit et ab eo ita petiit: peto, uti velis coheredem (daß unter diesem coheres in fundo Iuliano ein Singularfideikommissar zu verstehn sey, bemerkt *Ramos del Manzano* Praelect. ad tit. de vulg. et pup. subst. cap. 1 § 6, in *Meermanni* Thes. Tom. VII p. 324) tibi recipere in fundo Iuliano meo, quem hoc amplius te praecipere iussi, Clodium Verum, nepotem meum, cognatum tuum. Quaesitum est, an pars fundi ex causa fideicommissi nepoti debeatur? Respondit: deberi.

23) Die Worte im zwanzigsten Capitel Note 289.

24) Worte und Interpretation dieses schwierigen Fragments im zwanzigsten Capitel Note 368 ff.

Daß auch Zeitbestimmungen den Prälegaten hinzugefügt werden können, geht ebenfalls aus den Quellenzeugnissen hervor, und zwar wird eben so gut ein dies certus [25]), als ein incertus [26]), ebenso ein Anfangstermin [27]), wie ein Endtermin [28]) in den Quellen genannt.

Bedingungen, sowohl suspensive als resolutive, finden wir sehr häufig den Prälegaten hinzugefügt, und zwar Bedingungen der mannigfachsten Art; am zahlreichsten solche, de-

---

25) usque ad annos quatuordecim fr. 21 § 5 De annuis 33, 1. Diese Zeitbestimmung wird von Scävola im vorliegenden Falle identificirt mit der Aufhebung der gesetzlichen Tutel (*Cuiacius* Comm. in h. t. ad h. l.) des belasteten Miterben und Bruders über den unmündigen Prälegatar, so daß der Jurist ebenso entschieden haben würde, wenn der volljährige Bruder seine Tutel niedergelegt hätte arg. fr. 22 pr. D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Vgl. das zwanzigste Capitel Note 236.

26) fr. 27 § 2 De legatis II. 31 cum morietur, restituat Symphoro liberto meo et successori. Ob hier aber ein Prälegat, nicht etwa nur ein simples Legat anzunehmen sey, s. das erste Capitel Note 74.

27) fr. 21 § 5 De annuis 33, 1: cum quatuordecim annos impleverit. In einem neuern Testamente waren der Sohn der J., die L. und der B. zu gleichen Theilen zu Erben ernannt; der J. war ein Capital, das ihr jährlich 120 gewährte, sicher zu stellen; nach ihrem Tode sollte dieß Capital zur Hälfte an ihren Sohn, und zur Hälfte an dessen Miterben fallen. Hier bildet ein Sechstel jenes Capitals den Betrag des betagten Prälegates für den Sohn der J., indem dieß Prälegat ihm statt eines nach Erbrecht gebührenden Drittels von jenem Capital die Hälfte desselben gewährte.

28) fr. 21 § 2 De annuis: menstruos aureos denos praestaret, donec ad vicesimum quintum annum aetatis pervenerit; fr. 32 De dolo 4, 3: filius legatum sibi servum per praeceptionem rogatus manumittere post certum tempus; fr. 34 § 2 De legatis III: restituere pronepoti cum erit annis sedecim. *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III zu dieser Stelle will quatuordecim lesen, was auch Westphal von Verm. u. Fideik. S. 140 billigt, der diese Stelle gut erklärt.

ren Erfüllung von der Willkür des Prälegatars abhängt, z. B. **si centum heredibus dedisset**[29]), oder **si iussus fuisset decem dare**[30]) **et fundum sibi habere**[31]), in welchen Fällen, weil die Bedingung in einem Geben besteht[32]), der Prälegatar, wenn er zur Hälfte Erbe ist, nur wirklich funfzig, oder im zweiten Falle fünf auszuzahlen nöthig hat[33]), was bei den gewöhnlichen Legaten anders ist.

Ein Beispiel für vermischte Bedingungen findet sich in folgendem Falle[34]). Ein Vater bestimmt seiner Tochter einen

---

29) fr. 44 § 10 De cond. et dem. 35, 1 (die Worte siehe im fünften Capitel Note 3). Da die Bedingung, unter welcher das Prälegat hinterlassen ist, dahin lautet: si heredibus, nicht coheredibus, centum dedisset, so gilt der Prälegatar selbst als ein Mitberechtigter für diese Hundert; und wenn er also auf ein Zehntel zum Erben eingesetzt ist, so hat er nur nöthig, neunzig an seine Miterben auszuzahlen. *Cuiacius* Comm. ad Iuliani lib. I ad Ursejum Ferocem ad fr. 104 De legatis I; *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 8; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 272.

30) d. h. heredibus; wie Treitschke (das Corpus iuris civilis deutsch S. 269) übersetzt: in's Erbe.

31) fr. 104 § 4 De legatis I. 30: deducta sua parte decem dabit.

32) *Pothier* Pandectae 35, 1 nr. 150.

33) *Nicolai Vigelii* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570. fol. p. 1241.

34) fr. 101 pr. De conditionibus et demonstrationibus 35, 1. Pater Severianam Proculam Aelio Philippo cognato nuptiis testamento designavit, eidem filiae praedium, si Aelio Philippo nupsisset, verbis fideicommissi reliquit; quodsi non nupsisset, idem praedium Philippo dari voluit; nondum viripotens puella diem suum obiit. Respondi, quum in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat, Aelio Philippo fideicommissum ita datum videri, si ei Procula, defuncti filia, nubere noluisset (für diese Lesart der Florentina erklärt sich *Iauchius* de negationibus in Pandectis p. 100. Man vgl. auch die Note 49 in der

Verwandten, Namens Philipp, zum Manne und prälegirt ihr für den Fall, daß sie ihn heirathet, ein Grundstück; wenn sie ihn aber nicht heirathe, solle Philipp dieß Grundstück erhalten. Nun starb die Tochter, bevor sie mannbar geworden, und es fragt sich, ob Philipp jenes Grundstück erhalten könne. Diese Frage wäre zu bejahn, wenn man nur auf die Worte sähe, weil es wahr ist, daß die Tochter den Philipp nicht geheirathet; aber man muß auf die Absicht des Testators sehn. Denn dem Philipp ist dieß Legat nur zum Ersatze und zur Strafe der Tochter, wenn diese ihn nicht hätte heirathen wollen[35]), hinterlassen. Da nun die Tochter nicht die Ehe mit dem Philipp verweigerte, sondern, ehe sie noch heirathen konnte, starb, so durfte Philipp auf das Gut keinen Anspruch erheben[36]). Zu derselben Klasse von Bedingungen gehören die dem Prälegate einer Tochter hinzugefügte: **cum in familia nupsisset**[37]), sowie die im fr. 14 De dote praelegata mitgetheilte Disposition, nach welcher der zur Miterbin eingesetzten Tochter eine Brautgabe für den Fall vermacht ist, daß die Freunde und Verwandten des Erblassers sie gut verheirathen werden.

Auch fehlt es nicht an Beispielen für casuelle Bedingun-

Göttinger Ausgabe zu dieser Stelle); quare quum ea, priusquam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem exstitisse non videri.

35) Daß hier unter dem Ausdrucke non nupsisset nur das nubere noluisset, nicht das nubere non potuisset zu verstehn sey, behaupten mit Recht *Baldus* und *Pothier* h. t. nr. 140. Dagegen sind *Gilbert Regius* *Εναντιοφανῶν* iuris civilis lib. I cap. 22 in *Otto* Thes. T. II p. 1491 und *Claudius Chiffletius* de substitutionibus cap. XI in *Otto* Thes. T. V p. 699.

36) *Mornacius* Synopsis Pandectarum ad fr. 100 De cond. et dem.: noluisse nubere non dicitur, quae ante nubiles annos decessit.

37) fr. 27 pr. De legatis III. 32.

gen [38]), z. B. wenn Hermippus ohne Kinder stirbt, so soll seine Schwester eine Besitzung erhalten [39]).

Die Beispiele von auflösenden Bedingungen, welche wir den Prälegaten in den Quellen hinzugefügt finden, beschränken sich auf casuelle Bedingungen. Nach der schon erwähnten Disposition im fr. 32 § 6 De usu et usufr. leg. soll die Schwester so lange den Niesbrauch an der Erbportion ihres kranken Bruders genießen, bis derselbe hergestellt sein wird [40]). Eine in arbitrium tertii gestellte Resolutivbedingung für ein Prälegat finden wir im fr. 94 D. ad legem Falcidiam. Es wird hier der Tochter ein verpfändetes Haus prälegirt und vom Testator die Bestimmung hinzugefügt, daß die Tochter das Eigenthum dieses Hauses mit dem Freigelassenen Titius in dem Falle theilen solle, daß dieser alle auf dem Hause eingetragenen Schulden bezahle [41]).

Bei den an Erben hinterlassenen Vermächtnissen finden wir noch zwei Bedingungen, welche bei andern Legaten nicht vorkommen, nemlich die: si heres non erit, und die: si

---

38) Im Testamente des Bischofs Perpetuus (*Spangenberg* Tabulae negotiorum solemnium p. 82) ist dem Erben unter der casuellen Bedingung ein Landhaus hinterlassen, wenn die zu demselben vorzugsweise berufenen Legatarien nicht immer auf dem Grabmale des heiligen Martinus eine Lampe unterhalten würden. Auch in der c. 24 C. familiae herciscundae 3, 36 ist das Prälegat wahrscheinlich unter einer casuellen Bedingung hinterlassen. Man vgl. den Anhang dieses Buches zu Note 139 ff.

39) fr. 27 § 1 De legatis III. 32. Die Worte im zwanzigsten Capitel Note 21 ff.

40) Die Worte oben Note 15 und die Erklärung im zwanzigsten Capitel zu Note 242 ff. Starb der Bruder in seiner Krankheit, so dauerte der Niesbrauch lebenslänglich für die Schwester fort, wenn nicht die Miterben den entgegenstehenden Willen des Erblassers deutlich beweisen konnten.

41) Man vgl. das funfzehnte Capitel Note 88 ff.

heres erit. Die erste dieser Bedingungen, einem instituirten [42]) oder einem substituirten [43]) Erben ausdrücklich oder auch nur indirekt [44]) in Beziehung auf sein Vermächtniß hinzugefügt, hebt den Begriff des Prälegates auf [45]), da seine Existenz als Erbe, mag er als testamentarischer oder als Intestaterbe [46]) auftreten, die Verwirklichung dieses also bedingten Legates ausschließt.

---

42) fr. 104 § 6 De legatis I. 30 (die Worte siehe im sechsten Capitel Note 20); fr. 11 pr., fr. 27 § 15 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 31 D. quando dies 36, 2: Uxori ex parte sextante heredi institutae substituit, et heredum fidei commisit, si uxor heres non erit, dotem ei et alia quaedam dari; post mortem mariti uxor ante conditionem, et (d. h. id est. *Handii* Tursellinus de particulis Vol. II p. 478, 479) priusquam adeat hereditatem, decessit; quaesitum est, an dies fideicommissi, quum moritur, cessisse videatur, ideoque heredibus eius debeatur? Respondi, si uxor prius decessit, quam hereditatem adiret, videri diem fideicommissi cessisse.

43) fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4; fr. 88 § 4, fr. 89 § 2 De legatis II. 31.

44) Stillschweigend geschieht dieß in dem zu Anfange des fr. 104 § 6 De legatis I. 30 mitgetheilten Falle (die Worte s. unten Note 94), wo einem bedingt eingesetzten Erben von seinem Substituten legirt ist. Denn in dem Falle, daß der Substitut durch den Antritt der Erbschaft zur Zahlung des Vermächtnisses verpflichtet wird, kann ja der Legatar die Erbschaft nicht erworben haben. Hierher gehört auch der im fr. 28 De cond. inst. 28, 7 betrachtete Fall, in welchem die Erbschaft Jemandem bedingt und unter der entgegengesetzten Bedingung (si Capitolium non adscenderit) demselben ein Legat hinterlassen ist. Die Worte stehn im sechsten Capitel Note 14.

45) *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis § 22 p. 73.

46) Im fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4 heißt es: wenn der A. instituirt, der B. ihm substituirt, und der A. mit einem Legate an den B. belastet ist, und Beide die Erbschaft ausschlagen, der A. allein aber Intestaterbe wird, so kann der B. von ihm das Legat einfordern. *Cuiacius* Comm. in lib. 31 Dig. Iuliani zu dieser Stelle; *Vangerow* Leitfaden Bd. II S. 513, 514.

Die andere Bedingung: si heres erit [47]) kann auch bisweilen stillschweigend [48]) in andern Bestimmungen der letztwilligen Disposition liegen [49]); und wenn der auf eine solche Bedingung gerichtete Wille des Testators deutlich bewiesen ist, so wird dem Prälegatar die Klage auf das Legat abgesprochen, wenn er nicht Erbe wird [50]). Papinian stellt bei dieser Gelegenheit die Interpretationsregel auf [51]), daß, wenn der Testator in Beziehung auf einen Erben gesagt hat: **hoc amplius ei lego**, daraus zwar folge, daß der Honorirte nach dem Wunsche des Erblassers Legat und Erbschaft verbunden haben solle, keineswegs aber, daß der Honorirte beide Rechte

47) fr. 92 pr. De legatis III: Si mihi Maevia et Nigidia, filiae meae, heredes erunt, tunc Maevia e medio sumito, praecipito, sibique habeto fundos meos; fr. 20 pr. De instructo 33, 7: Seiae ex parte heredi institutae, si heres erit, fundos per praeceptionem dederat.

48) *Nieto* de praelegatis cap. 1 § 19: non est necessum, ut conditionaliter exprimatur, sed solum sufficit quod probetur testatorem intellexisse fr. 88 De legatis I. 30.

49) Also z. B. darin, daß der Vater sein ganzes Vermögen unter seine Kinder in Form von Vermächtnissen vertheilt hat, nachdem er sie im Allgemeinen zu Erben eingesetzt fr. 90 § 1 De legatis I. 30: Si pluribus filiis institutis, inter eos verbia legatorum bona diviserit: voluntatis (diese Worte von inter eos an fehlen zwar in der Florentina, sind aber nach Haloander, *Cuiacius* Comm. in lib. XVIII quaest. Papin. ad fr. 87 De legatis I, *Iensius* Stricturae ad h. l. p. 231 zur richtigen Interpretation dieser Stelle nothwendig) ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem. *Nieto* cap. 1 § 20. Man vgl. das zwanzigste Capitel Note 103, 104.

50) fr. 88 De legatis I. 30. Die Worte im zwanzigsten Capitel Note 101.

51) fr. 90 pr. D. eod. Quid ergo, si ita legaverit: hoc amplius filio meo? Non dubia voluntatis quidem quaestio erit; sed non absimilis prioris casus circa filii providentiam, nisi evidens voluntas contraria patris probetur.

zugleich verlieren solle, wenn er das eine oder das andere Recht ausschlägt [52]).

Mit dieser Ansicht ist aber keineswegs die Mehrzahl unserer Juristen einverstanden, denn ziemlich allgemein wird die Regel aufgestellt [53]), daß die für die Erbeseinsetzung ausdrücklich ausgesprochene Bedingung auch für das Legat dieses Erben geltend präsumirt werden müsse, mag das letztere in einem Testamente oder in einem Codicille hinterlassen sein [54]). Prüfen wir nun die einzelnen Stellen, auf welche diese Regel gegründet wird, so werden wir sehn, daß dieselbe nur in einem äußerst beschränkten Umfange gerechtfertigt werden kann. Im fr. 17 § 3 De doli mali exceptione [55]) lesen wir folgende

52) Mit den Worten hoc amplius lego wird, wie Cujacius a. a. O. sagt, nur die einmal geschehene Erbeseinsetzung auf bestimmte Sachen weiter ausgesponnen, nicht aber die Erbschaft mit dem Legate vermischt. S. das erste Capitel Note 113.

53) z. B. in der Glosse, von Bartolus in der Additio zur Glosse ad fr. 89 D. 30, von *Cuiacius* Comm. in Cod. lib. VI tit. 26 ad l. 1 und in lib. XVIII quaest. Papin. ad fr. 87 sqq. de legatis I (in welcher letztern Stelle er jedoch diese Präsumtion dahin modificirt: si non aliud voluerit defunctus), von *F. de Barry* Opus de successionibus Vol. II lib. 11 tit. 22 § 8, *Ioannes Cephalus* Consilia lib. III consil. 379 nr. 9, *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 tit. 4 defin. 7. *Hertius* Diss. de praelegatis § 12, *Pfeiffer* Diss. § 4, *Schulting* Notae ad Digesta ad fr. 17 § 3 De except. doli 44, 4, *Warnkoenig* Commentarii iuris Rom. priv. lib. V cap. 6 § 1124, Schweppe gemeines Deutsches Civilrecht Bd. 3 § 695. II (welcher die Erfüllung einer der Erbschaft hinzugefügten Bedingung selbst dann verlangt, wenn der Honorirte die Erbschaft ausgeschlagen hat und nur das Legat in Anspruch nimmt), Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 41 S. 275 und in seinem Lehrbuch der Pandekten § 735; Puchta Vorlesungen über das heutige Römische Recht Bd. 2 S. 429.

54) *Brunnemanni* Comm. in Pand. ad l. 77 pr. D. 35, 1.

55) Die Worte und die ausführliche Interpretation dieser Stelle finden sich im zwanzigsten Capitel zu Note 94 ff.

testamentarische Bestimmung. Eine Tochter ist von ihrer Mutter auf die Hälfte der Erbschaft neben ihrem Stiefvater und ihrem Bruder, welche Beide zusammen die andere Hälfte haben sollen, unter der Bedingung zur Erbin eingesetzt, wegen der von ihrem Großvater über sie geführten Vormundschaft gegen ihre Miterben, welche Successoren des Großvaters waren, die Vormundschaftsklage nicht anzustellen, und außerdem mit Vermächtnissen bedacht. Da sie die Erbschaft ausschlägt, um ungehindert wegen der schlecht geführten Vormundschaft klagen zu dürfen, so soll sie nach Scävolas Erklärung von der Einforderung der ihr ausgesetzten Vermächtnisse mit der Einrede der Arglist zurückgewiesen werden [56]. Es entsteht nun aber die Hauptfrage: steht die Entscheidung Scävolas mit der von den Neuern aufgestellten Regel wirklich im Zusammenhange? Nehmen wir an, die Entscheidung beruhe auf dieser Regel, so heißt dieß nichts Anderes als: das Prälegat ist unter der Bedingung: **si tutelae non agat**, hinterlassen. Wäre dieß der Fall, so müßte die auf das Legat klagende Erbin mit dem Einwande der nicht erfüllten Bedingung zurückgewiesen werden [57], so lange sie nicht ihren Miterben als Erben des Vormundes Decharge ertheilt, oder wenigstens Bürgschaft (die **Muciana cautio**) darüber gestellt hatte [58], daß sie nicht gegen diese negative Bedingung, der sie mit Erfolg dreißig Jahre lang nach beendeter Vormundschaft [59]) entgegenzu-

56) *Duarenus* in tit. de legatis ad fr. 18: summovetur filia propter aequitatem magis, quam propter subtilitatem verborum. *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 90: conditio non videtur repetita in legato eidem relicto, et nihilominus filiae petenti praelegatum obstat doli exceptio, quia contra praesumtam voluntatem defunctae videtur hoc casu illud petere.

57) *Chesius* Interpretationum iuris lib. 1 cap. 21 § 1.

58) fr. 67, fr. 106 De cond. et dem. 35, 1.

59) Zur Zeit des Scävola war allerdings die Klage unverjährbar.

handeln im Stande war, auftreten werde. Aber Scävola sagt nicht etwa, die Tochter habe der Bedingung entgegengehandelt [60]), worin die Bestätigung einer stillschweigend wiederholten Bedingung liegen würde, sondern er sagt nur, die Klage der Tochter werde durch die doli exceptio wirkungslos. Denn mit Bewußtsein rechtswidrig handle die Tochter, wenn sie in einer Beziehung hinsichtlich der Annahme des Legates dem Willen der Mutter folge, und in der Anstellung der Vormundschaftsklage dem Willen der Mutter entgegenhandle [61]). Präsumirt wird nemlich, daß ebenso die große Erbquote als das Prälegat der Tochter zu dem Zwecke hinterlassen sey, sie dahin zu bestimmen, daß sie die Vormundschaftsklage nicht anstelle [62]).

Haben nun freilich die Glosse und Cujacius [63]) zu dieser Stelle Unrecht, wenn sie die Entscheidung dieses Falles aus der Regel ableiten, daß die Bedingung, unter welcher Jemand zum Erben eingesetzt ist, auch bei dessen Prälegate

60) wie er dieß bei einer ähnlichen Gelegenheit im fr. 109 De cond. et dem. 35, 1 thut.

61) *Chesius* a. a. O. § 6 zieht hier folgende Parallele. Wenn Zweierlei vermacht ist, das eine Legat aber belastet, so darf der Legatar nicht das unbelastete Vermächtniß annehmen und das belastete ausschlagen fr. 5 § 1 De legatis II. 31; also darf auch hier die eingesetzte Tochter nicht die Erbschaft ausschlagen, auf welcher die Last der Vormundschaftsklage ruhte, und das ganz unbelastete Legat annehmen. Vgl. noch fr. 22 De fideicomm. lib. 40, 5.

62) *Averanius* Interpretationes V, 3 § 3 führt als Analogie für diese seine Ansicht den Fall von dem Vermächtnisse an, welches Jemandem dafür hinterlassen ist, daß er Vormund werde. Schlägt er die angetragene Führung der Vormundschaft aus, so verliert er deshalb das Legat, weil er gegen den Willen des Testators gehandelt fr. 33, fr. 34 De excus. 27, 1; fr. 5 § 2 De his quae ut. 34, 9.

63) In seinen Notae ad Digesta lib. 44 tit. 4 ad l. 17 § 3 sagt er: utrumque videtur legatum sub eadem conditione; non impleta conditione neutrum habebit.

als wiederholt gelte, so folgt daraus noch keineswegs, daß diese Regel selbst nicht aus andern Quellenzeugnissen begründet werden könne; und die Glosse, sowie alle Vertheidiger dieser Regel berufen sich in der That auch auf zwei solcher Zeugnisse, auf **fr. 70** und auf **fr. 77 pr. De cond. et demonstrationibus.** Betrachten wir zuerst die zweite Stelle[64]). In ihr ist von einer Großmutter der Enkel unter der Bedingung der Emancipation zum Erben ernannt, und demselben sind ohne Hinzufügung einer Bedingung außerdem einige Güter vermacht. Es soll nun hier nach der ausdrücklichen Entscheidung Papinians, des Verfassers dieser Stelle, die Bedingung der Emancipation als stillschweigend wiederholt bei den Prälegaten gelten. Was ist nun der Grund, aus welchem Papinian in diesem Falle also entscheidet? Ist es ein solcher, der aus dem gerade bei den Prälegaten geltenden Rechte entnommen ist? Oder ist es der vom Testator bei der Anordnung dieses Prälegates gebrauchte Ausdruck **hoc amplius**, welche Redensart unter Umständen allerdings die Bedeutung hat, Zeitbestimmungen oder Bedingungen zu wiederholen[65])? Wäre

64) Avia, quae nepotem sub conditione emancipationis pro parte heredem instituerat, ita postea codicillis scripsit: hoc amplius nepoti meo, quam quod eum heredem institui, lego praedia illa; conditionem emancipationis repetitam videri placet, quamvis avia nullum in legatis, ut in hereditate, substitutionem fecisset. Nam et quum servus pure quidem liber, heres autem sub conditione scriptus, et si heres non exstiterit, legatum accipere iussus est, in legato repetitam videri libertatem, Divus Pius rescripsit. Die Meinung des *Labitte* Usus Iudicum cap. 5 § 26 in *Wieling* Iurisprudentia restituta Pars posterior p. 108 und des *Radulphus Fornerius* Rerum quotidianarum lib. IV cap. 29 in *Otto* Thes. Tom. II p. 253 für libertatem am Schlusse der Stelle conditionem zu lesen, entbehrt jeder äußern und innern Begründung. S. unten Note 70, 71.

65) Vgl. dieses Capitel Note 51 und *Averanii* Interprett.

einer von diesen Gründen im vorliegenden Falle der richtige [66]), so würde Papinian, da er sich hier auf Entscheidungsgründe einläßt, einen von beiden oder beide genannt haben; aber er muß zu einem viel entfernter liegenden Entscheidungsgrunde seine Zuflucht nehmen [67]), auf die Analogie eines Reskripts von Antoninus Pius [68]), nach welchem, wenn ein Sklav unbedingt im Testamente für frei erklärt, unter einer Bedingung zum Erben berufen, und für den Fall, daß er nicht Erbe werden sollte, zum Legatar ernannt war, die Anordnung der Freilassung auch für die Berufung zum Vermächtnisse wiederholt gelten sollte. Diese Analogie ist allerdings eine für unsern vorliegenden Fall etwas weit hergeholte. Denn ohne daß diese Bedingung der Freilassung auch für die Berufung zum Vermächtnisse wiederholt wurde, konnte das letztere gar nicht aufrecht erhalten werden [69]). Also nur um die Disposition des Erblassers aufrecht zu erhalten und dem Willen des Te-

---

V, 3 § 13, jedoch auch fr. 108 § 7 De legatis I. Schon der Glossator Rogerius zu fr. 54 De legatis III, 32 läßt eine Wiederholung der Bedingung trotz der gebrauchten Worte hoc amplius nicht anders eintreten, als wenn der Wille des Testators dazu noch durch andere Conjecturen unterstützt wird.

66) Westphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 339 nimmt an, die Worte hoc amplius seyen der Grund dieser Entscheidung.

67) Wäre nicht Papinian, der vollendetste Jurist, sondern wäre ein Sabinianer der Verfasser dieser Stelle, so ließe es sich eher erklären, daß auf eine analoge Bestimmung des geschriebenen Rechts, selbst beim Vorhandenseyn von innern Gründen der Entscheidung rekurrirt wäre. Dirksen Beiträge S. 46.

68) Bedenken gegen die passende Anwendung dieses Reskripts auf den vorliegenden, von Papinian entschiedenen Fall finden sich bei *Chesius* Interpretationum lib. I cap. 20 § 10 (in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 122), die er zum Theil ebenda § 22 ff. widerlegt.

69) c. 4 C. de legatis 6, 37.

stators nachzukommen, hatten die Kaiser also entschieden, und durch dieselbe Rücksicht wurde auch Papinian bewogen, hier den Willen des Testators durch die Annahme einer wiederholten Bedingung zu erfüllen, wie die Kaiser in jenem Reskripte durch die Annahme einer wiederholten Freilassung dem Willen des Erblassers Genüge geleistet hatten [70]. Da nun in dem zur Entscheidung des Falles von Papinian und von Marcian [71]) benutzten Reskripte kein Prälegat vorkommt — denn

70) Dieselbe Entscheidung Papinians in dem nemlichen Falle wird von Marcian im fr. 18 § 1 De condit. instit. 28, 7 referirt (die Worte in der folgenden Note), und zwar ebenfalls in Verbindung mit jenem Reskripte von Antoninus Pius. Weil es hier in allen Ausgaben am Schlusse des principii heißt: in legato repetitam videri conditionem D. Pius rescripsit, während im fr. 77 wir lesen: in legato repetitam videri libertatem D. Pius rescripsit, haben nach Bauboza Einige statt conditionem lesen wollen: libertatem, aber mit Unrecht. Denn obgleich *Cuiacius* Obss. 8, 36 und *Chesius* a. a. O. § 11 diese Aenderung vorschlagen, so ist sie doch nicht nöthig. Wäre es eine gewöhnliche Bedingung, unter welcher der Sklave zum Erben eingesetzt war, und wäre er für den Fall, daß er nicht Erbe werden konnte oder wollte, mit einem Legate bedacht gewesen, so würde zu den Fällen, wenn er nicht Erbe werden kann, auch der Ausfall dieser der Erbschaft hinzugefügten Bedingung gehören; also würde unmöglich der Eintritt derselben Bedingung, welche den Sklaven zum Erwerbe der Erbschaft fähig macht, ihn auch zum Erwerbe des Vermächtnisses berechtigen können, sondern gerade der Ausfall jener Bedingung, so daß unmöglich die der Erbeseinsetzung hinzugefügte Bedingung als wiederholt bei dem Legate gelten konnte. Daraus schon geht hervor, daß die conditio hier nichts Anderes als die libertas, also die nothwendige Voraussetzung bezeichnet, ohne deren Eintritt der Honorirte ja auch gar nicht zum Vermächtnisse gelangen konnte. Dasselbe lehrt ganz deutlich fr. 26 De manum. testam. 40, 4 ebenfalls von Marcian: quum servo cum libertate substituto legatum erat, si heres non esset, non adscripta libertate, perinde haberi atque si adscripta esset et libertas; wo also die Schlußworte ganz deutlich auf die wiederholte Freilassung hinweisen.

71) fr. 18 De condit. instit. 28, 7. Quum servus pure liber,

der Sklav sollte ja gerade, wenn er nicht Erbe wird, das Legat erhalten — außerdem nicht einmal eine Bedingung im juristischen Sinne, sondern ein nothwendiges Requisit zum Erwerbe des Legates, die Freilassung des bisherigen Sklaven (conditio libertatis), vorliegt [72]), welche zu wiederholen ganz unbestreitbar die Absicht des Herrn sein mußte, widrigenfalls ja das Legat ganz überflüssig angeordnet gewesen wäre, so befindet man sich wohl in vollem Rechte [73]), wenn man behauptet, daß die hier angenommene Wiederholung der Bedingung einzig und allein auf den präsumtiven Willen des Erblassers basirt ist [74]).

Diese Behauptung wird noch unterstützt durch eine rich-

---

et heres scriptus sub conditione sit, et, si heres non exstiterit, legatum acceperit, in legato repetitam videri libertatem (s. die vorige Note), D. Pius rescripsit. § 1. (Die Verbindung des § 1 mit dem principio, durch die Worte hac ratione eingeleitet, ist eine so innige, daß hier wohl das Paragraphenzeichen schwinden könnte, indem ein solches im fr. 77 pr. D. 35, 1 auch nicht vor den Worten nam et cum servus etc. [s. oben Note 64], welche den Inhalt unseres Principii wiedergeben, sich findet.) Hac ratione et Papinianus scribit, quum avis nepotem sub conditione emancipationis pro parte heredem instituit, et postea codicillis scriptis hoc amplius ei legavit, quam quod heredem ei instituit (Hunger übersetzt die vorstehenden Worte unrichtig so: ihm ferner das, wozu sie ihn zum Erben ernannte, vermachte — was nur eine partitio legata bezeichnen könnte — statt: außerdem, daß sie ihn zum Erben ernannte, vermachte sie ihm noch. Vgl. *Handii* Tursellinus seu de particulis latinis Vol. I p. 294) repetitam videri conditionem emancipationis etiam in legato.

72) *Merillius* Obss. lib. 4 cap. 22; Schilling Institutionen Bd. 1 § 80 Note a S. 272.

73) *Chesii* Interpretationum iuris lib. I cap. 20 § 25.

74) Mit Recht macht *Averanius* Interpret. lib. V cap. 3 § 12 darauf aufmerksam, daß, wenn aus solchen besondern Gründen die Wiederholung der Bedingung zugelassen wird, daraus folge, daß sie da nicht Statt finden könne, wo es an solchen besondern Gründen fehle.

tige Interpretation des von der Glosse bei dieser Gelegenheit ebenfalls citirten **fr. 70 De cond. et demonstrationibus**[75]). Hier referirt Papinian folgenden Fall. Eine Mutter hat unter der Bedingung der Emancipation zwei Söhne zu Erben eingesetzt und ihnen unbedingt Mehreres prälegirt. Unbestreitbar dürfen sie, sagt Papinian, erst nach geschehener Emancipation die Erbschaft antreten, und der Vater darf trotz der im Augenblick des **dies legati cedens** fortbestehenden väterlichen Gewalt[76]) nicht die Legate für sich einfordern, auch[77]) aus dem Grunde (**illa quoque ratione**) nicht, weil es inkonsequent sein würde, theilweise durch diese Einforderung dem letzten Willen entgegenzuhandeln, während er ihn doch schon theilweise durch die vollführte Emancipation erfüllt hatte[78]). Weil nemlich die Bedingung der Emancipation des Sohnes in der Absicht hinzugefügt ist, daß derselbe für sich selbst und nicht für seinen Vater die Erbschaft erwerbe, so ist dadurch

75) Duos mater filios sub conditione emancipationis ex partibus heredes instituit, iisque plurium rerum praeceptiones pure dedit; hereditatem adierunt; patrem a legatorum commodo illa quoque ratio debet summovere, quod emancipando filios, obsecutus voluntati, supremum iudicium uxoris suae, custodiri voluit.

76) fr. 79 De adq. vel omitt. hered. 29, 2; *Averanii* Interpret. V, 3 § 10.

77) Die Glosse bemerkt dazu: außerdem nemlich, daß in Betreff der Vermächtnisse dieselbe Bedingung als stillschweigend wiederholt erscheint. Nieto de praelegatis cap. 3 § 18 gibt für diese Entscheidung Papinians noch folgenden Grund an: weil die praeceptiones für die Theile, welche die Söhne in ihrer Eigenschaft als Erben erworben haben, bei den Kindern bleiben müssen, damit nicht sonst der Vortheil, der ihnen durch den Antritt gewährt wird, dem Vater zufalle, und sie bloß die Lasten der Erbschaft zu tragen haben.

78) *Chesius* a. a. O. § 13 meint, der Vater würde mit sich selbst in Widerspruch gerathen, wenn er das Legat für sich haben wollte, da er ja durch die vollführte Emancipation sich dem Willen der Testatrix bereits akkommodirt habe.

ebenso die große Zuneigung der Erblasserin für den Sohn, als die Abneigung gegen ihren Gatten sichtbar [79]), woraus denn natürlich gefolgert werden muß, daß auch der Erwerb des Legates unter solchen Umständen vor sich gehn müsse, die für den Vater keinen oder einen möglichst geringen Erwerb mit sich führen [80]). Einen andern schlagendern Entscheidungsgrund hebt wenigstens Papinian nicht hervor, und es kann daher eine solche feste Regel nicht gegeben haben, wie sie die meisten Neuern [81]) aus den drei [82]) eben erklärten Stellen ableiten, daß nemlich überall, wo nur die Erbeseinsetzung und nicht auch das Prälegat unter einer Bedingung angeordnet ist, diese Bedingung auch bei dem Prälegate subintelligirt werden müsse.

Diese Wiederholung der Bedingung tritt vielmehr nur da ein, wo der, welcher das Prälegat einfordert, dadurch, daß er es so fordert, als gelte die nur der Erbeseinsetzung ausdrücklich hinzugefügte Bedingung für das Prälegat nicht, gegen den bewiesenen oder wenigstens mit genügenden Gründen zu vermuthenden Willen des Erblassers auftreten würde. Denn, wie man auch über **fr. 17 § 3 De doli mali exceptione** denken mag, gewiß ist es, daß hier das Kind durch die Einforderung des Prälegates gegen den deutlich erklärten Willen der Testatrix handelt; ebenso gewiß ist es nach den beiden zuletzt angeführten Fragmenten, daß der Vater in den Fällen der **conditio emancipationis** gegen den präsumtiven Willen der Testatrix handelte, wenn, ungeachtet sie durch die der Er-

---

79) *Averanius* Interprett. V, 3 § 11.

80) *Cuiacius* Comm. in lib. XVI quaest. Papin. zu dieser Stelle.

81) S. oben Note 53.

82) Auffallend ist es, daß alle drei Stellen Testamente von Frauenzimmern enthalten.

deseinsetzung hinzugefügte Bedingung der Emancipation ihm zu verstehn gegeben, daß sie ihm Nichts zugewendet wissen wollte [83]), er das dem Kinde ohne die ausdrücklich hinzugefügte Bedingung der Emancipation hinterlassene Prälegat doch zu seinem Vortheile als ihm selber angefallen nehmen wollte.

Unsere bisher nur vertheidigungsweise behauptete Ansicht, für welche sich in der neuesten Zeit entschieden v. Vangerow [84]) erklärt hat, während unter den ältern Juristen nur Chesius [85]) und Averanius [86]) gegen die gewöhnliche Ansicht mit Gründen gekämpft haben, soll nun noch direkt aus den Quellen begründet werden.

Wir wollen davon ganz abstrahiren, uns auf Analogieen zu berufen [87]), ungeachtet es sehr nahe liegt, die Entscheidung

83) Denn die Emancipation als der gewöhnlichste Fall der Aufhebung der väterlichen Gewalt ist eben nur eine Bezeichnung für diese letztere. Vgl. c. 3 C. de inst. et subst. 6, 25 (dazu die Kritischen Jahrbücher von Richter und Schneider Jahrgang 1843 S. 505) und fr. 6 § 4 De contra tab. b. p. 37, 4 (dazu Leist die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 1 S. 109).

84) Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. II S. 124, 125. Er äußert sich dahin, daß die gemeine Ansicht keine innern Gründe für sich habe, daß in jedem Falle der Wille des Erblassers zu erforschen, im Zweifel aber das Prälegat als unbedingt anzunehmen sey.

85) Interpretationum iuris lib. I cap. 20 § 13.

86) Interprett. et Obss. V, 3. Auch *Menochius* Consilium 86 § 49 ff., *Pothier* Pandectae 35, 1 nr. 87, 88 und Westphal von Vermächtn. u. Fideik. S. 338 hangen unserer Ansicht an, ohne sich viel auf Gründe einzulassen.

87) *Averanius* a. a. O. § 8 beruft sich auf fr. 14 De manum. testam. 40, 4 (von Ulpian), wo die Bedingung der Erbeseinsetzung nicht stillschweigend für das Legat der Freiheit gelten soll; allein hier hat wohl der favor libertatis gegen die Ansichten früherer Juristen, Pomponius und Julian, in fr. 21 § 1, fr. 22 De hered. inst. 28, 5, gesiegt.

Scävolas im fr. 73 De hered. inst. [88]) hierher zu ziehn, worin es heißt: wenn einem bedingt instituirten Erben substituirt ist, so gilt die Substitution als eine unbedingte, wenn nicht ausdrücklich dieselbe Bedingung bei der Substitution wiederholt ist, indem die Gegner die Unbedeutendheit der von ihnen beigebrachten Analogieen durch deren Menge zu ersetzen suchen [89]); wir wollen vielmehr unmittelbar hierauf bezügliche Quellenzeugnisse anführen. Dahin gehört namentlich fr. 27 pr. D. quando dies [90]). Ein Testator, so referirt Scävola, setzt neben einem andern Erben einen fremden Haussohn zum Erben ein, Anfangs ohne eine Bedingung oder Zeitbestimmung hinzuzufügen, hinterläßt ihm auch ein Fideikommiß, bemerkt aber auf einem spätern Blatte seines letzten Willens, daß die-

88) Sub conditione herede instituto si substituamus, nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimus.

89) fr. 83 De legatis II, fr. 63 De legatis III, fr. 82 pr., fr. 108 De cond. et dem. 35, 1 werden von *Radulphus Fornerius* Res quotidianae lib. 4 cap. 29 in *Otto* Thes. Tom. II p. 253 für die repetitio conditionis angeführt.

90) Filiumfamilias ex parte pure (dieß Wort wollen *Cuiacius* Comm. in lib. III resp. Scaevolae ad h. l., *Pothier* Pandectae 35, 1 nr. 87 und *Westphal* von Verm. u. Fideik. S. 339 von hier fort und vier Worte weiter zwischen fideicommissum und dedit stellen; aber sehr mit Unrecht, indem es einmal gerade zur Erbeseinsetzung paßt, um den später in dieser Beziehung geänderten Willen des Testators recht deutlich hervorzuheben; ferner aber bei dieser Stellung des pure unmöglich Scävola zweifelhaft sein konnte, ob das Fideikommiß pure bestellt sey, er aber mit den Worten: si pure sit datum seinen Bescheid anfängt) instituit heredem, eique fideicommissum dedit, et eodem testamento ita cavit: quod ego Lucium Titium heredem institui, ita eum adire hereditatem volo, si is patria potestate liberatus fuerit; quaesitum est, an a coheredibus eius, adita hereditate, legati filiofamilias dati dies cesserit. Respondit, si pure sit datum, a coherede filii pro hereditaria parte fideicommissum peti posse.

ser Haussohn die Erbschaft erst, wenn er von der väterlichen Gewalt befreit sein werde, antreten dürfe. Der Erblasser stirbt; die Miterben des Haussohnes treten augenblicklich an, und nun entsteht die Frage, ob der Haussohn sogleich das Fideikommiß fordern könne, obwohl er sich noch in der väterlichen Gewalt befindet. Scävola verneint nicht diese Frage, was er müßte, wenn die Ansicht der Gegner über die **repetitio conditionis** die richtige wäre, er bejaht sie vielmehr [91]), jedoch unter der Voraussetzung: **si pure sit datum fideicommissum**, d. h. ihm erscheint das Präfideikommiß trotz der bedingten Erbeseinsetzung so lange als unbedingt, als nicht der Gegenbeweis geführt ist [92]). Es ist also in diesem Falle, wie so oft bei Bedingungen, **quaestio facti**, ob der Erblasser das Legat habe **pure** anordnen oder die Bedingung der Erbeseinsetzung bei ihm habe wiederholen wollen [93]).

Ein anderes Quellenzeugniß gegen die gewöhnliche An-

---

91) Scävola gestattet hier natürlich nur die Einforderung des Fideikommisses auf eine so große Portion, als der Erbtheil des Miterben des Haussohnes beträgt, weil es ja wegen der schwebenden Bedingung bei der Erbeseinsetzung des letztern noch ungewiß ist, wer dessen Erbtheil erhalten wird. Erwirbt ihn der eingesetzte Haussohn künftig als **homo sui iuris**, so hat er keine Forderung mehr aus dem Fideikommiß gegen den Miterben; schlägt er aber die Erbportion aus, so daß sie seinem Miterben zuwächst, so kann er nunmehr die andere Hälfte seines Fideikommisses von dem jetzt einzigen Erben nachfordern.

92) Die Glosse will hier entweder in der frühern Stellung des Legates oder darin die Ausnahme der von ihr behaupteten Regel finden, daß ausdrücklich **pure** legirt sey, was aber Beides ohne allen Grund, das Letztere gegen die übereinstimmende Leseart der Handschriften ist.

93) **fr. 77 § 15 De legatis II. 31 utrum confestim an sub eadem conditione, voluntatis esse quaestionem; fr. 109 De cond. et dem. 35, 1 potest dubitari, an in proposito conditio esset;** ***Averanii*** **Interprett. V, 3 § 9.**

sicht enthält fr. 104 § 6 De legatis I [94]). Julian erzählt hier folgenden Fall. Jemand ernennt einen Erben unter der Bedingung, wenn seine Mutter vor ihm gestorben sein wird, setzt ihm auch einen Substituten und hinterläßt jenem Erben von diesem Substituten Legate. Jener stirbt bei Lebzeiten der Mutter, also zu einer Zeit, da die seiner Erbeseinsetzung hinzugefügte Bedingung noch schwebte; und doch sagt Julian, er sey gestorben **postquam dies legati cesserit**; er nimmt also an, das Legat sey trotz der der Erbeseinsetzung hinzugefügten Suspensivbedingung **pure** oder doch wenigstens nicht mit derselben Bedingung hinterlassen, welche der Erbeseinsetzung beigefügt war, weil sonst ja der **dies legati** bei Lebzeiten der Mutter nicht hätte **cedere** und das Legat transmittirt werden können [95]). Denn mit dem Tode des vor Eintritt der Bedingung gestorbenen Legatars schwindet das Legat [96]).

Endlich aber müssen wir darauf noch aufmerksam machen, daß der gemeinen Ansicht nothwendig der Umstand entgegensteht, daß dieselben Bedingungen, der Erbeseinsetzung hinzuge-

94) Quum quidam heredem instituit, quandoque (Seneca Epist. 17 quandoque moriaris; fr. 7 De usufr. ear. rer. 7, 5 quandoque is mortuus sit) mater eius decessisset, deinde secundus heres scriptus fuisset, et ab eo legata ei, qui sub conditione heres institutus fuisset, relicta essent, isque vivo matre decessisset, postquam dies legati cesserat, quaesitum est, an heredi eius legata deberentur; verius est, legatum heredi deberi, sive pure a substituto legatum datum est primo heredi, sive sub hac conditione: si heres non fuerit, quia moriente eo conditio impletur.

95) fr. 5 § 2 D. quando dies 36, 2. *Averanii* Interprett. V, 3 § 7.

96) fr. 59 pr. De cond. et dem. 35, 1. Schon die Glosse und in der Additio zur Glosse **Bartolus** macht darauf aufmerksam, daß hier die Bedingung der Erbeseinsetzung nicht als wiederholt beim Legate gelte; nur müssen wir nicht vergessen, daß im vorliegenden Falle niemals ein Prälegat zur Existenz kommen konnte.

fügt, andere Wirkungen hervorbringen, als wenn sie einem Vermächtnisse beigefügt sind [97]). Dieß gilt einmal bei Resolutivbedingungen, welche, der Erbeseinsetzung hinzugefügt, vollkommen erfolglos sind, während sie, Vermächtnissen beigesellt, die gewöhnlichen Wirkungen äußern [98]). Sodann macht jede casuelle Bedingung, der Erbeseinsetzung eines suus hinzugefügt, dieselbe ungiltig [99]), während der suus den Eintritt der seinem Prälegate hinzugefügten casuellen Bedingung ruhig abwarten muß. Besonders abweichend ist ferner das Verhältniß, wenn verschiedene Bedingungen vom Erblasser hinzugefügt sind, oder wenn pure und bedingt dieselbe Anordnung vom Erblasser verfügt ist. Bei Erbeseinsetzungen geht die pura als plenior stets der bedingten vor [100]), und unter mehreren der Erbeseinsetzung beigefügten Bedingungen gilt die, welche zuerst eintritt [101]), während bei Vermächtnissen in beiden Fällen immer die zuletzt geschriebene Aeußerung gilt, enthalte sie eine, gleichviel wann eintretende oder gar keine Bedingung [102]). Und wie sollte endlich über das Prälegat in dem Falle entschieden

97) Antiquirt ist jedenfalls, was Gaius II, 243 mittheilt.

98) Höpfner Commentar § 574.

99) v. Buchholtz in Marezoll's Zeitschrift Bd. 13 S. 322.

100) fr. 27 § 1, fr. 67 De hered. inst. 28, 5. Die von Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 313 S. 994 Note 11 als möglich hingestellte Erklärung der ersten Stelle ist wegen der deutlich sprechenden zweiten unmöglich.

101) fr. 17 De cond. inst. 28, 7. Si plures institutiones ex eadem parte sub diversis conditionibus fuerint, conditio, quae prior exstiterit, occupabit institutionem. fr. 27 § 2 De hered. inst. 28, 5. Vangerow a. a. O. S. 124 will diese Bedingungen, wohl mit Unrecht, als alternativ beigefügt ansehn.

102) fr. 12 § 3 De legatis I. 30; fr. 87, fr. 89, fr. 90 De cond. et dem. 35, 1. Vgl. jedoch fr. 81 § 7 De legatis I. 30.

werden, wenn die eine Erbschaftsquote bedingt, die andere unbedingt [103]) demselben Erben und Prälegatar hinterlassen ist?

Zum Schlusse bemerken wir, daß von der Pfordten [104]) zu weit geht, wenn er behauptet, daß der Wille des Testators, die Bedingung von der Erbeseinsetzung auf das Prälegat zu beziehn, einzig und allein in den beiden Fällen zu präsumiren sey, wo die Bedingung der Erbeseinsetzung in favorem libertatis et emancipationis beigefügt war, weshalb er bereits von Roßhirt [105]) getadelt ist. Denn bei einer jeden hinzugefügten Bedingung muß der Individualität des Falles Einfluß auf die Entscheidung eingeräumt werden [106]).

103) Ein solcher Fall findet sich in fr. 87 § 3 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

104) Diss. de praelegatis p. 35 ff. p. 38.

105) Von Vermächtnissen Bd. 1 S. 272, 273. Ihm ist Fritz beigetreten in Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Buch V § 70 (§ 456) Note ww.

106) In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones fr. 19 pr. De cond. et dem. 35, 1; in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet fr. 101 pr. eod.

Zwölftes Capitel.

Wann erwirbt man Prälegate?

Bei der Frage nach dem Momente, wann das Prälegat so deferirt wird, daß es auf die Erben des etwa gleich darauf sterbenden Prälegatars transmittirt werden kann, nach dem dies cedens [1]), an welchem der Erwerb des Legatenrechts erfolgt [2]), findet für die legati iure zu erwerbenden Theile des Prälegates dieselbe Antwort Statt, welche bei jedem andern Legate gegeben werden muß [3]). Nemlich bei pure oder sub die hinterlassenen Prälegaten, welche auf die Erben übergehn können [4]), cedit dies im Augenblick des Todes des Erblassers [5]), und bei solchen Prälegaten, welche unter einer Sus-

---

1) fr. 5 pr. D. quando dies 36, 2; c. un. § 1 § 5 C. de caducis tollendis 6, 51.

2) v. Vangerow im Archiv für civilistische Praxis Bd. 25 S. 449.

3) Ueber das vorjustinianeische Recht siehe *I. H. Boehmer* de differentiis legatorum purorum et non purorum § 8 ... § 17 (Exercitationes ad Pandectas Tom. V Exerc. 79).

4) fr. 5 § 1 D. quando dies 36, 2.

5) arg. fr. 104 § 6 De legatis I (die Erklärung desselben im eilften Capitel zu Note 94 ff.); K. A. Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 27.

pensivbedingung hinterlassen sind, im Augenblick der nach dem Tode des Erblassers eingetretnen Bedingung [6]).

Der Beweis hiefür liegt in der Entscheidung Scävolas [7]), wornach, wenn ein fremder Haussohn pure mit einem Prälegate bedacht und neben einem andern unbedingt ernannten Erben unter der Bedingung zur Erbschaft berufen ist, daß er von der väterlichen Gewalt befreit sein wird, sein Hausvater sogleich das Prälegat einklagen darf, jedoch nur **pro hereditaria parte**, d. h., wie es schon die Glosse zu dieser Stelle ganz richtig versteht, auf eine so große Quote, als die Erbportion seines Miterben beträgt, weil es noch ungewiß ist, ob er die Quote, welche auf seine eigene Erbportion fällt, als Vermächtniß bekommen wird [8]).

Noch deutlicher wird dieser Beweis von Julian im **fr. 104 § 6 De legatis I** [9]) geführt. Einen unter einer Suspensivbedingung eingesetzten Erben, dem ein Substitut ernannt war

---

6) fr. 5 § 2 D. quando dies 36, 2; *Hertius* Diss. § 24.

7) fr. 27 pr. D. eod. (die Worte s. im eilften Capitel Note 90). Diese Stelle, in welcher nicht wie in dem unten zu erörternden fr. 75 § 1 De legatis II. 31 praeceptiones genannt sind, sondern fideicommissum und legatum, widerlegt am Besten die Ansicht von *Nieto* Cap. 3 § 18, welcher einen Unterschied zwischen dem Vindikations- und Präceptionslegate darin finden will, daß jenes der Erblegatar schon vor seiner Antretung der Erbschaft (Gaii Epitome lib. II tit. 5 § 1), dieß erst zugleich mit der Antretung der Erbschaft erwerbe. Wir sprechen hier natürlich nur von dem Theile des per vindicationem oder per praeceptionem hinterlassenen Prälegates, der als Legat besteht: partem, quam ex causa legati habet fr. 1 § 17 De adquir. vel amitt. poss. 41, 2.

8) Was dann nicht geschieht, wenn er nach dem Eintritt der Bedingung wirklich Erbe wird. Hat er Collegatarien, so fällt dieser Theil des Prälegates ihnen (wenn sie wollen) c. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51 zu. *Pfeiffer* Diss. § 16.

9) Die Worte siehe im eilften Capitel Note 94.

und dem von diesem Substituten Legate [10]) hinterlassen waren, hatte der Tod ereilt, als jene Bedingung für die Erbschaft noch schwebte, aber nach dem **dies legati cedens**. Die Frage, ob in diesem Falle die Legate auf seine Erben transmittirt sind, bejaht Julian nicht bloß für den Fall, wenn ihm unbedingt von den Substituten legirt war, sondern auch wenn ihm das Legat unter der Bedingung: wenn er nicht Erbe sein werde, hinterlassen war, indem diese negative Bedingung bei seinem vor der Antretung erfolgten Tode erfüllt wurde [11]).

Der auf der eigenen Erbportion des Prälegatars haftende Theil des Prälegates, von Hause aus ungiltig angeordnet, wird erst dadurch giltig, daß der Berufene die Erbschaft ausschlägt, und in diesem Momente kann man sagen, **cedit dies** für diesen Theil des Prälegates [12]), zugleich aber auch **venit dies**, wenn bereits andere Erben angetreten haben, und nicht etwa eine dem Prälegate hinzugefügte Bedingung noch schwebt.

Ebenso wie bei andern Legaten bedarf es zur Giltigkeit des Prälegates keineswegs, daß alle zur Erbschaft berufene Erben antreten [12a]), sondern der Antritt einzelner Erben genügt. Allerdings ist es aber für das Prälegat von Bedeutung, ob der Prälegatar selbst die Erbschaft antritt oder nicht, und zwar nicht bloß hinsichtlich des Besitzgrundes, sondern auch hinsichtlich des Rechtsmittels. Tritt er an, so steht ihm

---

10) Dieß sind allerdings keine Prälegate. Vgl. das fünfte Capitel Note 27 ff.

11) Vgl. fr. 31 D. quando dies 36, 2; fr. 28 De cond. inst.

12) Vgl. das sechste Capitel Note 104.

12a) Hierauf geht vielleicht die **Interpretatio rubricae de legatis in Gaii Epitome II, 5 (lex Romana Visigothorum ed.** ***Haenel*** **p. 11) hoc est, qui in testamento scriptus legatarius quod ei deputatum est, voluerit non exspectato herede sibi praesumat et reliqua.**

außer den gewöhnlichen Klagen eines Legatars noch das **familiae herciscundae iudicium** zu, und er besitzt das ihm legirte Objekt theils **hereditario**, theils **legati iure**. Tritt er aber nicht an, so hat er auf die genannte Klage keinen Anspruch, und das legirte Objekt besitzt er nur **singulari, legati, titulo**[13]).

Die zweite hier zu beantwortende Frage ist die nach dem **dies legati veniens**. Dieß ist bei unbedingten Legaten der Tag der angetretenen Erbschaft [14]).

Wenn mehrere Erben, die angetreten haben, zugleich mit Prälegaten bedacht sind, so läßt es sich denken, daß die prälegirten Objekte den Erben zuerst nach der Größe ihrer Erbportionen ohne Rücksicht auf die angeordneten Prälegate zufallen, und daß erst nachher jeder Erblegatar das Eigenthum an dem ihm zugewiesenen Prälegate, sey es ganz oder zum Theil, empfängt, in welchem letztern Falle ein dreifaches Verhältniß der Erben möglich ist, welches sich in folgendem Beispiele zeigt. Wenn A., B. und C. zu demselben Prälegate berufen und sie allein auch zu Erben auf zwei, vier und sechs Uncien ernannt sind, so wird B. dem Effekt nach weder etwas fordern, noch irgend in Anspruch genommen werden können, da er in seiner Erbportion gerade die Quote seines Prälegates hat; C. wird zwar Nichts fordern dürfen, wohl aber von A. auf Herausgabe von zwei Zwölfteln des Prälegates in Anspruch ge-

13) Sind zwei Erben ernannt und beide zu demselben Prälegate gerufen, so wird, wenn einer der Honorirten nicht antritt, dieser das Prälegat ganz allein in Anspruch nehmen können. Treten Beide nicht an, so werden sie das legirte Objekt zu gleichen Theilen als simple Legatarien erwerben. Treten endlich Beide an, so werden ihre Prälegatstheile in umgekehrtem Verhältnisse zu ihren Erbportionen stehn, ***Henricus a Suerin*** **de usufructu accrescendo in** ***Otto*** **Thes. T. IV p. 116.**

14) **fr. 7 pr. D. quando dies 36, 2.**

nommen werden, A. endlich zu Nichts verpflichtet sein, wohl aber von C. die Herausgabe jenes Sechstels vom Prälegate fordern können.

Diese Ansicht muß gelten, wo entweder — im ältern Rechte — nach den Worten und dem Willen des Testators, oder — im ältern und neuern Rechte [15]) — nach der Natur der Sache ein Fideikommiß, kein Vindikationslegat vorliegt.

Jenes wird theils durch fr. 77 § 8 De legatis II [16]) bewiesen, indem hier, wo mit den Worten eines Fideikommisses einem Erben vermeintlich zur Erbschaft gehörige Vermögensstücke legirt sind, die Verpflichtung der einzelnen Erben als in dem **restituere** [17]) **partes coheredibus praelegatas** bestehend anerkannt wird [18]), worin also liegt, daß das (hier vermeintliche) Eigenthum der vermachten, in der Erbschaft befindlichen Objekte durch die Erbschaftsantretung schon als auf die einzelnen Erben übergegangen gilt [19]); theils liegt der Be-

15) c. 2 Communia de legatis 6, 43. Vgl. das zweite Capitel Note 92 . . . 94.

16) Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit; si tamen (der Gegensatz liegt nicht darin, daß die Theilung dem Fideikommisse entgegengesetzt wird (s. das neunte Capitel Note 24), sondern darin, daß im Eingange der Stelle von der Anordnung eines einzelnen Fideikommisses die Rede ist, während in diesem Satze eine Vertheilung des ganzen Vermögens in eben so formloser Weise vorgenommen ist, wie jene Anordnung des Fideikommisses) inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur, cum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservare.

17) Restituere bedeutet hier so viel als tradere oder transferre *Dirksen* Manuale v. restituere § 5.

18) Man vgl. noch fr. 8 De rebus creditis 12, 1.

19) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: praediorum alia portio non nisi a coherede qui dominium habet accipitur. *Cuia*-

weis im fr. 40 pr. De legatis III [20]). Hier heißt es: ein Mädchen hat irrthümlich ihren väterlichen Onkel für ihren einzigen gesetzlichen Erben angesehn und ihn gebeten (petierat), die Hälfte der Erbschaft und zwei Ländereien dem mütterlichen Onkel herauszugeben. Nach ihrem Tode treten beide Oheime als gleichberechtigte prätorische Erben auf, und es wird gefragt, da in der einen Erbhälfte das Fideikommiß zu Gunsten des mütterlichen Onkels nicht Bestand haben könne, weil er ja diese Hälfte schon nach eigenem Rechte als prätorischer Erbe habe, ob das Fideikommiß für die andere Hälfte der Ländereien bestehe, so daß dieser begünstigte Onkel beide Ackerhälften, die eine als Erbe, die andere als Präfideikommissar haben solle? Hier ist nun nicht so die Bejahung dieser Frage wichtig, als vielmehr die Art und Weise entscheidend, wie dieser Jurist den Fragesteller sich ausdrücken läßt, nemlich dahin: ut Titius unam, quam suo iure per bonorum possessionem *habeat*, alteram vero partem ex causa fideicommissi *petere debeat*. Es wird hier also der Theil des Prälegates, welchen der Honorirte als Erbe empfängt, als der bereits erworbene betrachtet, quam suo iure habet, wäh-

---

cius Comm. in tit. 1 de legatis I ad l. 7; Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 126 Note 3.

20) Post emancipationem patris suscepta a patruo, ut legitimo herede, petierat, ut partem hereditatis avunculo suo daret, et agros duos; ad utrumque autem, ut proximum cognatum, successio eius pertinuit per bonorum possessionem; quaesitum est, quum in parte hereditatis fideicommissum non constiterit, quam suo iure per bonorum possessionem avunculus habiturus est, an nihilominus in parte agrorum consistat, ut Titius partes agrorum duas, id est unam, quam suo iure per bonorum possessionem habeat, alteram vero partem ex causa fideicommissi petere debeat. Respondit, posse petere. Idem quaesiit, si ab eodem patruo fideicommissum aliis quoque dederit, utrum in solidum, an vero pro parte ab eo praestanda sint. Respondit, in solidum praestari.

rend zum Erwerbe des andern Theiles, welchen er iure fideicommissi erwirbt, es erst noch einer Forderung, möglicherweise einer Klage bedarf.

Dieß wird durch die Angabe von Gaius [21]) bewiesen, wornach, wenn Geld prälegirt ist, welches nicht in der Erbschaft baar vorhanden ist, eine oder mehrere zur Erbschaft gehörige Sachen ex communi [22]) zum Verkaufe gebracht werden sollen, bis die nöthige Geldsumme herbeigeschafft ist.

In beiden Fällen wird dem Prälegatar das Eigenthum an dem prälegirten Objekte vollständig erst durch die Uebergabe von Seiten der Miterben, die bis dahin das Miteigenthum daran hatten, erworben [23]).

Wo nun aber, wie gewöhnlich bei Prälegaten, das Wesentliche eines Vindikationslegates zum Grunde liegt [24]), da wird in dem Momente des Antrittes der Erbschaft auch das Eigenthum an dem prälegirten Objekte sofort erworben [25]), und selbst wenn die ausdrückliche Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses erst später erfolgt, so wird dieselbe doch

21) fr. 26 (fr. 25 § 22) D. fam. herc. 10, 2. Die Worte siehe im achten Capitel Note 17, 18.

22) fr. 14 De dote praelegata 33, 4.

23) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 (siehe Note 19); c. 8 C. eod. 6, 49.

24) Daß die Worte Ulpians (Tituli XIX § 17) lege nobis adquiritur legatum ex lege XII tabularum nur auf die Vindikations- und Präceptionslegate gehn, haben bereits *Maranus* Paratitla ad libros Dig. de legatis (Opera ed. *Trotz* p. 295) und *Ramos del Manzano* ad titulos de legatis et fideicommissis praelectiones Pars I § 24 (*Meerman* Thes. T. VII p. 277) gelehrt.

25) fr. 5 § 8 De rebus eorum 27, 9; fr. 69 pr., fr. 81 § 6, fr. 86 § 2 De legatis I. 30; fr. 15 De rebus dubiis 34, 5. *Cuiacius* Comm. in lib. 8 resp. Papin. ad fr. 77 § 3 De legatis II. Die Prokulejaner hatten anders gelehrt. Gaii lib. II § 195; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 133.

Digitized by Google

auf den Moment der angetretenen Erbschaft zurückbezogen [26]); die legirte Sache wird unmittelbar aus der Erbschaft erworben [27]).

Für diese gewöhnlichen Fälle treten wir der Ansicht der bedeutenden Mehrzahl unserer Juristen bei, welche das ganze Prälegat von der Vertheilung der Erbschaft ausschließen [28]),

---

26) fr. 44 § 1, fr. 86 § 2 De legatis I. 30; fr. 1 § 6 D. si quid in fraudem patroni 38, 5; *Cuiacii* Obss. 3, 11. Dem praktischen Erfolge nach wird auf die Zeit des Todes des Erblassers zurückgegangen, z. B. wegen Wiederherstellung der durch die Erbschaftsantretung confundirten Servituten fr. 116 § 4 De legatis I. 30, fr. 18 De servit. 8, 1, oder wegen inzwischen geschehener Beschädigung der legirten Sache durch Cession der legis Aquiliae actio fr. 15 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2, oder wegen des durch den legirten Sklaven inzwischen gemachten Erwerbes fr. 39 § 1 De legatis I. 30; *Frantzkii* Exercitationes iuris XIV, Exerc. VII qu. 1 nr. 17; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 480 Note 1, 2.

27) fr. 9 § 5 De peculio 15, 1; fr. 80 De legatis II. 31; fr. 64 De furtis 47, 2; *Cuiacius* Comm. in lib. I definitionum Papiniani ad fr. 80 De legatis II.

28) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 1 De legatis I nr. 3 praecipito i. e. ante partem capito; Lexicon iuris *Oldendorpii:* Praecipere, prae aliis capere, ne conferantur in divisionem; *Cuiacius* Comm. in Cod. ad tit. 37 lib. 6; praeceptio habeatur, antequam dividantur bona inter coheredes; Comm. in lib. XVI quaest. Papin. ad l. 12 De his quae ut indignis: legatum illud praecipiat inprimis, deinde reliquum dividat cum coherede; Institutes coutumieres *d'Antoine Loysel,* nouvelle edition revue par Dupin et Laboulaye. Paris 1846. 8 im Glossaire de droit francais T. II p. 487: avant le partage de la succession; Projekt des Corpus iuris Fridericiani Pars II lib. VIII tit. II § 13: Wenn verschiedene Erben instituiret und einem ein Praelegatum vermacht worden, das ist ein solches Legatum, welches er vor der Theilung der Erbschaft voraus nehmen soll. Auf ähnliche Weise drücken sich aus: *Zasius* Comm. in Dig. novum ad tit. quor. bonor. fr. 1 § si quis nr. 2 in Opp. Tom. III p. 330; *Baro* Comm. ad l. 32 D. 4, 3; die Frankfurter erneuerte Reformation (s. das dritte Capitel zu Note 32); *Gasparis*

und jedem Prälegatar, der nicht etwa vor geschehener Agnition des Prälegates [29]) dasselbe ausdrücklich von sich gewiesen hat, gleichviel davon geben. Nehmen wir nun drei Erben an, von denen zwei zusammen auf eine Hälfte, der dritte auf die andere Hälfte der Erbschaft, und alle drei zu demselben Prälegate berufen sind, so können die beiden ersten Erben, denen schon zu einem Viertel das Eigenthum an dem ihnen hinterlassenen Prälegate vermöge ihres Erbrechts gebührt, von dem dritten Erben, als dem ideellen Besitzer der Hälfte des prälegirten Objekts, Jeder ein Zwölftel vindiciren [30]), während der dritte Erbe, dem schon um seines Erbrechts willen mehr als das ihm zukommende Drittel des Prälegates, nemlich die Hälfte zukam, nichts mehr verlangen kann. Wir müssen uns nur hüten, diese Regel, daß die Prälegate vor der Erbtheilung abzusondern sind, etwa dahin mißzuverstehn, als ob, wenn einem Erben 300 prälegirt waren, diese 300 vorweg aus der Erbschaft genommen würden, gleichsam als wenn den Prälegatarien eine Art Separationsrecht zustände und erst das nun übrig Bleibende als die zu vertheilende Erbschaft angesehn würde. Diesem steht entgegen, daß das Prälegat ebenso

---

Antonii Thesauri quaestionum forensium libri IV. Genevae 1672 lib. I qu. 17 nr. 2; Responsa Lynckeriana Vol. II Resp. 21 pr. § 1 ff.; Westphal von einzelnen Vermächtnißarten § 743; *Francke* Diss. de praelegatis § 6 nota *k*; Glück Commentar Bd. 11 S. 39; *Merlin* Repertoire universel et raisonné de iurisprudence T. XII p. 666. Paris 1827 art. Prelegs; Reinhardt Ergänzungen zu Glück's Commentar Bd. 4 S. 67; Rein das Römische Privatrecht S. 381; Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 570; Bruno Schilling Pandektenrecht für Studirende § 276. *Festus* v. excipuum. Excipuum quod excipitur, ut praecipuum quod ante capitur.

29) Nach geschehener Agnition ist dieß nicht mehr möglich *Cuiacii* Obss. III, 11.

30) fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Die Worte im funfzehnten Capitel Note 75.

von dem ideellen Erbtheile des Prälegatars selbst, als von dem seiner Miterben nach der ausdrücklichen Angabe der Quellen geleistet werden soll. Es würde sonst unmöglich sein, daß der Prälegatar einen Theil am Prälegate **heredis iure** erwürbe. Nur die reelle Theilung unter den Erben soll zugleich mit [31]) oder erst nach gehöriger Berücksichtigung der Prälegate vor sich gehn.

Die richtige von diesem möglichen Mißverständnisse befreite Meinung wird durch die zahlreichen Quellenzeugnisse bestätigt, worin wir lesen, daß die Prälegate **e media hereditate** [32]), **de medio** [33]), **e medio** [34]), **de communi** [35]) dem Prälegatar zufallen und daß, wenn die prälegirten Objekte verpfändet sind, sie mit Erbschaftsgeldern von dieser Last zu befreien sind [36]).

Stirbt der Prälegatar nach dem Testator und hat er die Erbschaft ausgeschlagen, über das Prälegat dagegen sich nicht erklärt, so können seine Erben es noch immer in seinem ganzen Umfange in Anspruch nehmen, weil der Prälegatar **post diem legati cedentem**, d. h. nach dem Ausschlagen der Erb-

31) Die in Note 28 angeführten Ausdrücke neuerer Juristen können wir nemlich nur unter der Modifikation für richtig erklären, daß die Theilung unter den Miterben ein einziges großes Geschäft ist, in welchem man faktisch eine Reihefolge mehrerer Akte unterscheiden muß, die aber alle, namentlich auch die Regulirung der Prälegate, durch dasselbe Rechtsmittel, das **familiae herciscundae iudicium**, auf einmal geltend gemacht werden müssen, weil dasselbe nur ein einziges Mal angestellt werden darf.

32) fr. 88 § 3 De legatis II. 31.

33) fr. 41 § 3 De legatis III. 32.

34) fr. 92 pr. D. eod. fr. 26 De peculio legato 33, 8; fr. 32 § 4 De auro 34, 2; fr. 12 De cond. et dem. 35, 1.

35) fr. 77 pr. De legatis II. 31.

36) ex communi pecunia luatur fr. 28 D. fam. herc. 10, 2.

schaft gestorben ist [37]). Starb ferner der Prälegatar, nachdem er die Erbschaft angetreten, ohne über das Legat sich erklärt zu haben, so fand eine Transmission, jedoch allein in den Legatstheilen des Prälegates [38]), aus dem Grunde Statt, weil der Erbtheil des Prälegates schon von dem jetzt in Rede stehenden Erblasser erworben war. Stirbt endlich der Prälegatar, ohne sich über den Antritt der Erbschaft und den Erwerb des Vermächtnisses erklärt zu haben, so kann die Erbschaft nach der allgemeinen Regel **hereditas non adita non transmittitur** von seinen Erben nicht angetreten werden, wenn nicht einer der wenigen Transmissionsfälle [39]) vorliegt. Tritt ein solcher Fall ein, so gilt von dem sog. Transmissar für die Dauer der Transmissionszeit, mag er die Erbschaft antreten oder ausschlagen, ganz dasselbe, als wenn der ursprünglich Berechtigte die Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hätte [40]),

37) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. filio pater (87) De legatis I nr. 28 ff. S. das sechste Capitel zu Note 104.

38) *v. d. Pfordten* Diss. p. 53 nr. 1.

39) Darüber siehe v. Buchholtz Jurist. Abhandlungen Nr. 2.

40) Braun (Thibaut) Erörterungen S. 692; *v. d. Pfordten* Diss. § 15. 3. a. p. 53. Für die sog. Theodosische Transmission lesen wir dieß auch in Beziehung auf Legate ausdrücklich verordnet in c. un. C. de his qui ante 6, 52 (wo vielleicht die Worte seu fideicommissis hinter legatis ein Emblem Tribonians sind). Höchst auffallend erscheint daher die allgemeine Behauptung von *I. E. I. Mueller* Promtuarium iuris novum v. praelegatum nr. 13, v. legatum nr. 147: praelegata, quae parentes liberis relinquunt, his mortuis ad nepotes non transeunt, welche auch sein Gewährsmann *Leyser* Medd. ad Pand. Spec. 397 med. 2 auf den Fall beschränkt, daß die Kinder vor dem Tode ihrer Eltern gestorben. — Ein Fall dieser Art, in welchem die Erben des Prälegatars als fortberechtigt und fortbelastet erscheinen, findet sich nach der Meinung Vieler, z. B. Westphal's Einzelne Vermächtnißarten § 83, im fr. 10 pr. De alimentis 34, 1, obwohl hier die Existenz eines wahren Prälegates noch bezweifelt werden kann. Vgl. das erste Capitel Note 41.

also er kann entweder die Erbschaft mit Einschluß des Erbtheiles der Prälegate annehmen und das Prälegat ausschlagen, oder Beides ausschlagen, oder Erbschaft und Prälegat annehmen, oder endlich die Erbschaft ausschlagen und das Prälegat in seinem ganzen Umfange in Anspruch nehmen.

Liegt jedoch kein Transmissionsfall vor, sind aber die Erben des Prälegatars noch fähig nach den Prinzipien über die Transmission der Legate an dessen Stelle zu treten, so können sie nur den Theil der Prälegate einfordern, welchen die Miterben zu leisten haben [41]). Denn nach unserer über das Wesen der Prälegate aufgestellten Ansicht [42]) ist die Anordnung eines Prälegates so beschaffen, daß es auf den Erbantheil des Honorirten als Legat für diesen gleich Anfangs nicht besteht, allerdings aber später in dieser Beziehung convalesciren kann. Dieß ist jedoch da nicht der Fall, wo der Prälegatar, ohne sich für die Ausschlagung der Erbschaft erklärt zu haben, zu einer Zeit stirbt, da die Transmission der Erbschaft nicht mehr möglich ist [43]). Den deutlichen Beweis hiefür lesen wir im

41) Froben (Thibaut) Erörterungen Bd. 2 S. 316; Puchta Vorlesungen über das heutige Römische Recht Bd. 2 S. 429. Daher wird in denjenigen beiden Fällen, da der Prälegatar selbst bei der Annahme der Erbschaft und des Prälegates wegen Anwendung der Regel: heredi a semetipso legari nequit nur die Legatsportionen (nicht die Erbportion) vom Prälegate erhalten würde (siehe Capitel 15 zu Note 73, 74), für seinen Transmissar keine Verkürzung eintreten.

42) Vgl. das sechste Capitel zu Note 61 ff.

43) Für diese unsere Ansicht entscheiden sich der mittelste von den drei Versuchen der Glosse, das fr. 75 § 1 De legatis II. 31 mit fr. 17 § ult. und fr. 18 De legatis I. 30 zu vereinigen, *Cuiacius* (Comm. in tit. de legatis II ad l. 75 § 1), *Donellus* Comm. iur. civ. 8, 7 und *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 31 ad l. 75. Donell freilich erklärt dieß beschränkte Recht des Erben des Prälegatars zwar richtig daraus, daß der dies cedens nicht für das ganze Prälegat eingetreten sey, motivirt dieß aber seiner Ansicht über das Wesen

fr. 75 § 1 De legatis II[44]): placuit, praeceptionum portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti, d. h. die simpeln Legatstheile am Prälegate und nur diese sollen nach der allgemein angenommenen Ansicht der Juristen den (gesetzlichen oder testamentarischen) Erben des die Erbschaft omittirenden Prälegatars zufallen [45]), wenn derselbe auch ohne Erklärung über das Prälegat gestorben ist.

Zwar behauptet Balduin [46]), daß die in diesem Fragmente angegebene Beschränkung des Transmissionsrechtes auf die simpeln Legatstheile nicht durch einen Rechtssatz herbeigeführt sey, sondern nur durch die ausdrückliche Erklärung des Erblassers, daß die Miterben des Prälegatars ihm substituirt sein sollten. Aber wenn im vorliegenden Falle die Miterben auch nicht substituirt gewesen wären, so würden sie dennoch durch das Recht der Anwachsung zu dem in der Erbportion

des Prälegates gemäß (sechstes Capitel Note 3) dadurch, weil die Bedingung für den Theil des Prälegates, welcher auf der eigenen Erbportion des Prälegatars haftete, ausgefallen sey.

44) Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit; partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti. S. die Erklärung dieses Fragmentes unten zu Note 81 ff.

45) *Autumnus* Cuiacii Operum Epitome. Parisiis 1615. 4. p. 448. Unrichtig ist daher die absprechende Behauptung des *Zasius* Lectura in tit. de legatis ad fr. 17 § ult., fr. 18 De legatis I Opera p. 400, daß, wenn der Prälegatar vor dem Antritte der Erbschaft sterbe, seinen Erben Nichts vom Prälegate gebühre.

46) Disp. I ex Papiniano cap. IV in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. I p. 950, nach dem Vorgange einer Glosse und des *Franciscus de Ripa* Comm. in Infortiatum ad l. 1 De vulg. et pup. subst. nr. 178.

des Prälegatars steckenden Theile des Prälegates berechtigt gewesen sein, und die Transmission dieses Theils auf die Erben des Prälegatars ausgeschlossen haben [47]). Es gibt nemlich mehrere Juristen, welche dem sog. Transmissar das Recht einräumen, vollständig das Prälegat in Anspruch zu nehmen [48]), weshalb z. B. **Papillonius** die oben citirten Worte des fr. 75 also verstanden wissen will: placuit, totum quod legatum est pro portionibus hereditariis a coheredibus debitum ad heredes eius transmitti, d. h. da die ursprünglich nur theilweise belasteten Miterben jetzt durch den Wegfall des einen Erben vollständig mit dem Vermächtnisse belastete Erben geworden sind, so müssen diese nunmehr, seitdem sie auch den Erbtheil des Prälegatars durch das Anwachsungsrecht erworben haben, das ganze Prälegat leisten. Allein eine solche Auslegung widerspricht einmal dem Ausdrucke portiones, welcher dem totum entgegengesetzt ist, sodann dem Ausdrucke constiterunt, welcher nicht sowohl auf das gegenwärtige, nach dem Tode des Prälegatars eingetretene Verhältniß, als vielmehr auf den ursprünglichen Zustand beim Tode des Erblassers hindeutet, wo auch der Prälegatar noch als Erbe angesehn

47) fr. 61 § 1 De legatis II. 31; *Cuiacius* Comm. in lib. 18 resp. Papin. ad fr. 87 sqq. De legatis I; *Perez* Praelect. in Codicem lib. 6 tit. 37 § 12; *Averanii* Interpret. lib. IV cap. 5 § 3.

48) *Papillonius* de directis heredum substitutionibus cap. 8 in *Otto* Thes. T. IV p. 704, 705; *Ioannis Vaudi* Variae quaestiones lib. I qu. 8; *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 53 b, p. 54, 55, indem er dem fr. 75 § 1 cit. den Gehorsam aufkündigt. Auf der andern Seite fehlt es auch nicht an Vertheidigern der gerade entgegengesetzten Meinung, daß nemlich stets der sog. Transmissar nur das Recht habe, soviel von dem Prälegate zu fordern, als die Miterben seines Erblassers diesem zu leisten hatten, z. B. *Averanius* Interpret. lib. IV cap. 5 nr. 3; *Voorda* Interpret. cap. 27; **Schweppe** das Römische Privatrecht § 918.

wurde [49]). Auch Duaren [50]) meint, daß Papinian im **fr. 75 § 1 De legatis II** von einem Falle rede, da dem Prälegatar nur Theile von einem Grundstücke legirt sind; aber da er und mit Recht besorgt, daß diese Erklärung keinen Beifall finden werde, weil sie mit den Worten dieser Stelle nicht gut in Harmonie gebracht werden kann, so verwirft er selbst diese seine anfängliche Meinung und vertheidigt die hier vorgetragene Ansicht, nach welcher die Entscheidung Papinians sich darauf gründet, daß der Prälegatar ohne ausdrückliche Erklärung über seinen Erbanfall gestorben sey.

Unbeweisend für eine oder die andere Ansicht scheint uns das oft bei dieser Materie angeführte **fr. 32 De legatis III. 32** zu sein. Denn in ihm wird zwar vorausgesetzt [51]), daß die Erbschaft weder angetreten noch ausgeschlagen bei dem Tode des berechtigten Erben war, aber es werden die Prälegate als von dem Honorirten bereits erworben betrachtet, indem wir hier lesen, daß die Vindikation dieser Prälegate gegen den Intestaterben des mit ihnen Honorirten angestellt werden kann, woraus sich von selbst ergibt, daß der verstorbene Prälegatar sich bereits in den Besitz dieser legirten Objekte gesetzt, sie also erworben hatte, so daß von einer Transmission des Legatenrechts in dieser Stelle nicht die Rede sein konnte.

Bei bedingten Prälegaten läßt sich auch der Fall denken, daß der Prälegatar die Erbschaft angetreten hat, aber daß die Bedingung des Prälegates bei seinem bald darauf erfolgten

49) Darum muß auch Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1216, welcher die Ansicht der in der vorigen Note genannten Juristen theilt, dem Verfasser dieses Fragmentes den Vorwurf machen, er habe sich eines „unüberlegten oder vielmehr verfehlten Ausdruckes" bedient.

50) ad fr. 18 De legatis I.

51) S. unten die Worte in Note 100.

Ableben noch schwebt. Tritt nun später auch die Bedingung ein, so dürfen die Erben des Prälegatars doch keinen andern Theil des Prälegates weiter in Anspruch nehmen oder resp. retiniren, als der zu der Erbportion ihres Erblassers gehört, weil bei dessen Tode dies legati nondum cesserat [52]), also das Legat bei dem belasteten Erben bleibt. Hatte der Prälegatar die Erbschaft nicht angetreten oder sie ausdrücklich refusirt, so hatten seine Erben gar kein Recht an einem so hinterlassenen Vermächtnisse, wenn nicht noch in seinem Todesmomente die Bedingung als erfüllt galt [53]). Wenn nun also ein Prälegatar stirbt, bevor dies legati cessit, so kann er auf seine Erben Nichts von dem Prälegate transmittiren, weil er noch kein Recht daran hatte. Und fragt man, wo das Prälegat bleibt, so kann er entweder einen Substituten für sein Legat haben, dann kommt dieser zunächst heran [54]), oder es fehlt an solchen Substituten, aber nicht an Collegatarien; dann treten diese, jenachdem sie berufen sind, mit oder ohne ihren Willen ein [55]); und in Ermangelung solcher befugter Perso-

52) fr. 5 § 2 D. quando dies legatorum 36, 2.

53) fr. 31 D. eod. Uxori ex parte sextante heredi institutae substituit, et heredum (d. h. substitutorum) fidei commisit, si uxor heres non erit, dotem ei et alia quaedam dari; post mortem mariti uxor ante conditionem et (d. h. id est) priusquam adeat hereditatem, decessit. Quaesitum est, an dies fideicommissi, cum moritur, cessisse videatur, ideoque heredibus eius debeatur? Respondi, si uxor prius decessit, quam hereditatem adiret, videri diem fideicommissi cessisse.

54) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 4 unterscheidet, ob die Substitution allgemein auf das Prälegat oder speciell z. B. auf das prälegirte Grundstück laute; in jenem Falle gelte die Substitution nur auf die von den Miterben zu leistenden Theile des Vorvermächtnisses, in diesem Falle auf das ganze Vorvermächtniß.

55) c. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51.

nen wird das Prälegat, als hätte es niemals existirt, betrachtet [56]).

Hieran kann sich zugleich die Beantwortung der Frage knüpfen, ob die Substituten des mit dem Prälegate bedachten Erben einen Anspruch auch auf das Prälegat haben, wenn die Substitution in's Leben tritt. Wir wollen zuerst die Vulgarsubstituten in's Auge fassen, bei denen wir die mannigfachsten Ansichten aufgestellt finden.

Einige ältere Juristen wollen von der Wort- oder Zeitfolge die Antwort auf jene Frage abhängen lassen und unterscheiden nach Analogie der damals herrschenden Ansicht über die Fideikommißerbschaft [57]), ob die Substitution früher oder später als das Prälegat angeordnet ist. In jenem Falle sollen die Prälegate nur bis auf den Erbtheil, in diesem Falle ganz auf den Substituten übergehn [58]). Andere gewähren dem Substituten in der Regel ein eben so volles Anrecht auf die Prälegate als auf die Erbportion [59]), wenn nicht etwa der entgegenstehende Wille des Erblassers ersichtlich sey, nament-

56) *Pfeiffer* Diss. cit. § 17.

57) S. das achtzehnte Capitel zu Note 9.

58) *Dom. Tuschus* Practicarum conclusionum iuris. Tomus sextus. Francofurti 1622. conclusio 513 nr. 16: quando praelegata praecedunt substitutionem, et testator etiam non facta mentione de hereditate dixit, quod portio praemorientis deveniat ad superstitem, tunc praelegata veniunt in substitutum. Vgl. *Gomez* Variar. Resolutionum T. I cap. 5 nr. 18; *Gasparis Antonii* Thesauri Quaestionum forensium lib. I quaestio 17 nr. 22.

59) *Boerius* Decisio 280 § 2. *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 8 läßt nach dem Vorgange von *Menochius* de praesumtionibus lib. IV praes. 195 nr. 6 u. 7, wenn die Substitution simpliciter geschehn und der instituirte Erbe vor dem Erblasser gestorben ist, dem Substituten Erbschaft und Prälegat zufallen; ebenso wenn die Prälegate die Erbtheile ganz oder doch, zum größten Theile vertreten.

lich wenn dem Erben prälegirt und darauf gesagt ist: **in aliis, in ceteris, in omnibus aliis bonis** solle die Erbeseinsetzung geschehn, und darauf **in dictis his bonis** die Substitution erfolgt ist [60]). Noch Andere unterscheiden, ob Fremde oder Miterben substituirt sind; jene sollen kein Anrecht, diese allerdings ein Anrecht auf die Prälegate Dessen haben, dem sie substituirt sind [61]). Die meisten Juristen aber gestehn dem Vulgarsubstituten auf das dem direkten Erben hinterlassene Prälegat gar keinen Anspruch zu [62]), wenn ihm ein solcher im Testamente nicht ausdrücklich eingeräumt ist [63]), während Einige schon alsdann dem Substituten das Prälegat zusprechen, wenn die Substitution mit sehr umfassenden Worten an-

60) *Peregrinus* a. a. O. nr. 44 ff.

61) *Papillonius* de directis heredum substitutionibus cap. 8 in *Otto* Thes. T. IV p. 704 ff.

62) Gemma legalis in Opera *Bartoli* a *Luciano Bassano*. Venetiis 1615. v. praelegata; *Albericus de Rosciate* Comm. super prima parte Infortiati ad tit. de hered. inst. l. ex facto; *Baldi* Singularia nr. 170; *Paulus de Castro* super Infort. ad tit. de legatis II ad l. miles; *Ioannis Vaudi* Variae quaestiones lib. I qu. 8; *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. nr. 34 Opp. T. II p. 341; *Gaill* Obs. practicae lib. II obs. 135 nr. 2; *Mornacius* Synopsis Digestorum ad l. 32 De legatis III; *Nicolai Vigelii* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 239; *Menochius* de praesumtionibus lib. IV praes. 195 nr. 2; *Merenda* Controversiae lib. 4 cap. 45 nr. 34, 35, 36; *H. G. Bauer* Responsorum iuris I: Praelegatum instituto heredi adscriptum substituto non cedit. Lips. 1791. 4 p. 4...7; Schweppe das Römische Privatrecht § 918; *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 41; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 40 S. 310 Note 9; Roßhirt Gemeines Civilrecht Bd. 3 § 695. II; Holzschuher Theorie u. Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 833 Nr. 3.

63) Mühlenbruch Pandekten § 735 a. E.

Digitized by Google

geordnet ist, z. B. wenn A. nicht mein Erbe wird, so substituire ich ihm „in Allem und für Alles" den B.[64]).

Betrachten wir ohne vorgefaßte Meinung die vorliegende Frage, so können wir zwei Hauptfälle unterscheiden: einmal den Fall, daß der Substitut durch das Ausschlagen der Erbschaft herankommt, sodann den Fall, daß der Tod des Instituirten Platz für den Substituirten macht. Ist der Substitutionsfall also dadurch eingetreten, daß der berufene Erbe und Prälegatar die Erbschaft ausgeschlagen hat, so bekommt der Substitut den Erbtheil des Ausschlagenden, jedoch ohne den auf dieser Erbportion haftenden Theil des Prälegates, indem der Repudiant der Erbschaft (oder sein Collegatar) das Prälegat in seinem ganzen Umfange, natürlich jetzt als simples Legat, auch von dem Substituten selbst vindiciren kann [65]). Der Beweis dieser wegen fr. 17 § ult., fr. 18, fr. 87, fr. 89 De legatis I [66]) nicht gut zu bezweifelnden Behauptung kann durch fr. 16 De auro [67]) geführt werden. Hier heißt

64) *Ferrettus* Praelect. in lib. 35 tit. 2 ad l. Titia. Opera Francof. 1598. p. 509; *Menochius* de praesumtionibus lib. IV praes. 195 § 5.

65) *Ioannis Vaudi* Variae quaestiones lib. I qu. 8; *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 35 (Opera Tom. II p. 341); *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 5. Eine Ausnahme tritt von diesem Satze alsdann ein, wenn der Substitut dem ersten Erben eine Abfindung gegeben, damit er zu seinen Gunsten die Erbschaft ausschlage fr. 4 § 11 De doli exceptione 44, 4.

66) Die beiden ersten Stellen finden sich abgedruckt im fünften Capitel, in und zur Note 217; die andern beiden im zwanzigsten Capitel Note 48 und 51.

67) Filiam in potestate patris manentem mater scripsit heredem, eique patrem Maevium substituit, et ita scripsit: quisquis mihi heres erit, fidei eius committo, uti ornamenta mea omnia, aurum, argentum, vestimenta, quibus ego usa sum, ne veneant, et filiae meae serventur (s. das zwanzigste Capitel Note 42); quae-

es: eine Ehefrau setzt ihre Tochter zur Erbin ein, substituirt ihr den Vater und schreibt folgendes Präfideikommiß nieder: ich bitte meinen Erben, wer er auch immer sein mag, daß mein Geschmeide nicht verkauft, sondern meiner Tochter reservirt werde. Die Tochter schlägt die Erbschaft aus; der Vater tritt sie als Substitut an. War dadurch die Tochter von dem Vermächtnisse ausgeschlossen? Keineswegs! Denn als nach einiger Zeit der Vater ohne Testament stirbt und die Tochter von seiner Erbschaft sich abstinirt, gewährt ihr Scävola eine erfolgreiche Klage gegen den ex successorio edicto [68]) an ihre Stelle tretenden nächsten Agnaten [69]) auf das vollständige Fideikommiß.

Eine Ausnahme von dieser Regel kann durch den Willen des Testators geschaffen werden. Wenn nemlich bewiesen wird, daß der Wille des Testators dahin gegangen sey, dem Prälegatar sein Vermächtniß nur unter der Bedingung zuzuwenden, daß er auch die Erbschaft antrete [70]), so wird er für seine Ausschlagung der Erbschaft dadurch bestraft, daß der Substitut, wenn der Prälegatar keine Collegatarien hat, die Erbportion des Repudianten vollständig, also auch mit Einschluß des Prälegates erwerben kann, insoweit dieses auf der

situm est, quum, filia recusante, pater ex substitutione heres extitisset, et intestato decessisset, filia autem bonis eius abstinuerat, an fideicommissum petere possit. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, videri patria utiliter fideicommissum Claudius: quoniam verbo servandi, quod scriptum est, videri in id tempus dilatum fideicommissum, quo sui iuris futurus esset is, cui dabatur.

68) Leist die bonorum possessio Bd. 1 S. 57.

69) *de Retes* Opuscula lib. IV ad h. l. in *Meerman* Thes. Tom. VI p. 212. Man vgl. noch das zwanzigste Capitel zu Note 41 ff.

70) fr. 88 De legatis I. 30; die Worte im zwanzigsten Capitel Note 101.

Digitized by Google

genannten Erbportion haftet [71]); dagegen ist dieser Substitut die ganzen Prälegate zu fordern nur dann berechtigt, wenn die Substitution ausdrücklich auch auf die Prälegate gerichtet war [72]). Dieß letzte Requisit muß hier nothwendig hinzugefügt werden, indem an sich die Vulgarsubstitution zu ihrem Objekte ausschließlich die Erbschaft hat [73]); und nur da ist es nicht nöthig, dieß Requisit hervorzuheben, wo Erbschaft und Prälegat zusammenfallen, also der Erbe nicht die Erbschaft ausschlagen kann, ohne zugleich die Prälegate zu verlieren [74]). Daher ist es doppelt unrichtig, wenn einige Juristen behaupten, der Substitut bekomme nicht das Prälegat, wenn bei einer bedingten Erbeseinsetzung der Prälegatar die Bedingung nicht erfüllt hat, weil die Bedingung auch bei dem Prälegate als wiederholt gelte und daher ebenfalls als ausgefallen betrachtet werden müsse.

Ist der instituirte Erbe und Prälegatar vor dem Erblasser gestorben, so erwirbt der Vulgarsubstitut das Prälegat, insoweit es zu seiner Erbportion gehört, wenn nicht ein für dieß Prälegat besonders angeordneter Substitut oder ein Collegatar auch diesen Theil des Prälegates ihm entzieht [75]).

Ist der instituirte Erbe und Prälegatar zwar nach dem Testator, aber vor dem Erwerbe der Erbschaft gestorben, so

71) *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 40, Opera Tom. II p. 342. Dasselbe gilt auch für den Fall, wenn der eingesetzte Erbe die testamenti factio activa verliert.

72) *Corasius* a. a. O. § 38 scheint dieser richtigen Ansicht zu sein.

73) fr. 96 De legatis III; § 33 I. de legatis 2, 20: cum hereditas a legatis separata sit. *Petri Philippi Cornei* Consilia Vol. I Consil. 91 nr. 7: substitutus sit loco heredis, non loco legatarii; *Averanii* Interpret. IV, 5 § 3.

74) Vgl. das zwanzigste Capitel zu Note 101 ... 104.

75) *Corasius* a. a. O. nr. 67.

müssen wir wiederum zwei Fälle unterscheiden. Nehmen wir zuerst an, daß er unter solchen Umständen gestorben ist, daß noch einer der wenigen Transmissionsfälle eintritt, so kann der Substitut durch den Willen des sog. Transmissars ganz ausgeschlossen werden [76]). Dieser Letztere tritt nemlich in alle Rechte des ursprünglichen Erben [77]), so daß er nicht blos die Erbschaft, sondern auch die Prälegate an sich nehmen kann, mag die Substitution ausdrücklich auf die Erbschaft beschränkt oder, was einerlei ist [78]), simpliciter oder mit ausdrücklicher Berücksichtigung des Prälegates [79]) angeordnet gewesen sein.

Tritt aber bei dem Tode des mit einem Prälegate bedachten Erben keine Transmission der Erbschaft ein und ist der Fall von der Beschaffenheit, daß die Erben des Prälegatars noch auf sein ihm hinterlassenes Vermächtniß Anspruch machen können, so muß, mag die Substitution auch auf das Allerweiteste gefaßt gewesen sein, der Substitut mit dem Erbtheil Dessen, dem er substituirt ist, und dem darauf haftenden Theile des Prälegates zufrieden sein, während die Erben des Prälegatars die auf den Portionen der Miterben haftenden Theile des Prälegates in Anspruch nehmen können. Der Beweis hie-

---

76) c. un. § 13 C. de caducis tollendis 6, 51.

77) *Barth. Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 4: si esset transmissum, non admittitur substitutus. Schlägt der Transmissar die Erbschaft aus, so kann der Substitut die Erbportion mit Einschluß des auf ihr haftenden Prälegatstheiles in Anspruch nehmen.

78) fr. 32 De legatis III. 32: Sextiam substituit Marcio. Die entgegengesetzte Meinung vertheidigt unrichtig *Peregrinus* a. a. O. Nr. 8.

79) Bei einer solchen Form der Substitution würde, wenn der Erbe von der Transmission keinen Gebrauch machte, der Substitut den etwanigen Collegatar ausschließen und bei dessen Nichtvorhandensein hindern, daß das Legat in die belastete Erbschaft zurückfalle.

für liegt im **fr. 75 § 1 De legatis II** [80]), worin folgender Fall enthalten ist. Es hat Jemand neben mehreren Andern den Sejus zum Erben eingesetzt, demselben aus der Zahl der Miterben einige Substituten ernannt [81]) und ihm auch ein Prälegat hinterlassen; darauf stirbt auch Sejus [82]), bevor er sich über den Erwerb oder die Ausschlagung der Erbschaft und des Prälegates erklärt hat, und zu dem Prälegate des Sejus melden sich nicht bloß die von seinem Erblasser ihm substituirten Miterben, sondern auch seine eigenen (gesetzlichen oder testamentarischen) Erben. Nun fragt sich, wer hier der Berechtigte ist? Hätte Sejus die Erbschaft ausdrücklich angetreten und sich nur über das Legat nicht erklärt, so wären die Substituten natürlich ganz von der Erbschaft und von dem Prälegate zurückzuweisen, da eine Repudiation des ohne die Bedingung **si volet** [83]) hinterlassenen Legates niemals vermuthet wird. Hätte er ausdrücklich die Erbschaft abgelehnt, so wäre es schon bei seinem Leben gewiß gewesen, daß der **dies legati cesserat**, und zwar des Legates in seinem ganzen Umfange, also auch für den Theil desselben, der von seiner eigenen Erb-

80) Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit; partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti.

81) Wohl nicht mit Recht behauptet *Petrus Barbosa* Tractatus de legatis ad l 17 § ult. De legatis I nr. 1 (Opera Posthuma Tom. I p. 313), daß in dieser Stelle eine substitutio in legatis facta sich finde.

82) War das Legat bedingt hinterlassen, so müssen wir annehmen, daß dessen Bedingung bereits eingetreten war *Cuiacius* Comm. in lib. VI resp. Papin. ad fr. 75 § 1 De legatis II. Man vgl. noch die im sechsten Capitel zu Note 10 ff. gegebene Erläuterung dieses Fragmentes.

83) fr. 65 § 1 De legatis I. 30; fr. 69 De cond. et dem. 35, 1.

portion zu leisten war [84]), weil nach repudiirter Erbschaft der Honorirte ihn nicht von sich nimmt, sondern entweder von den Miterben oder von den Substituten; das Prälegat wäre daher seinen (gesetzlichen oder testamentarischen) Erben in seinem vollen Umfange gewiß gewesen. In dem vorliegenden Falle aber, wo weder das Eine noch das Andere ausdrücklich geschehn war, also man sagen konnte, der Prälegatar sey deliberirend gestorben, war nur für die Legatstheile des Vormächtnisses der dies cedens eingetreten, indem die hereditaria pars praelegati noch gar nicht von dem Erbtheile, auf dem sie haftete, geschieden war [85]), woraus sich der Unterschied in der Behandlung dieser verschiedenen Theile des Prälegates ergibt. Denn Papinian erklärt sich dahin, daß die dem Sejus hinterlassene Erbportion mit Einschluß des von derselben zu zahlenden Theiles am Prälegate den substituirten Miterben des Sejus gebührt [86]), hingegen die simpeln Legatstheile den (testamentarischen oder gesetzlichen) Erben des Sejus zuzusprechen sind [87]).

---

84) fr. 17 § ult., fr. 18, fr. 87, fr. 89 De legatis I; *Voorda* Interprett. cap. 27; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 471.

85) *Papillonius* de directis heredum substitutionibus cap. 8 in *Otto* Thes. Tom. IV p. 704, 705 will zwar keinen Unterschied zwischen dem Falle finden, wenn der Erbe inter deliberandi moras decessit und wenn er repudiirt, aber er kann doch nur sagen: convenientius aequitati videtur, ut is potius ad heredem totum legatum transmittat, quam qui certo iudicio honorem respuit.

86) Gerade so, als wenn der mit einem Prälegate bedachte Fiduciar gebeten ist, die portio, nicht bloß die hereditaria portio zu restituiren. Vgl. das achtzehnte Capitel Note 29 ff. und *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 38. Es ist daher unrichtig, wenn Hilliger zu Donell 7, 25 und Hert a. a. O. § 20 unter allen Umständen leugnen, daß die Prälegate auf die Vulgarsubstituten übergehn.

87) *Zasius* Lectura in tit. de legatis ad fr. 18 De legatis I;

Digitized by Google

Ganz anderer Meinung ist Claussen[88]). Er sagt, wenn Papinian, der Verfasser dieser Stelle, im **fr. 18 § 2 De his quae ut indignis** anerkennt, daß im Widerstreite mit dem erblasserischen Willen die **ratio iuris** nachstehn müsse, so erfordere es die Consequenz dieses Entscheidungsgrundes, daß die **pars hereditaria praelegati** auch ohne die **hereditas** auf die Erben des Legatars gelange, weil im entgegengesetzten Falle die **ratio iuris** eine Theilung des erblasserischen Willens herbeiführen würde, wozu doch in diesem Falle ebenso wenig Grund vorhanden sey. Bekommt der Prälegatar immer das ganze Legat, auch ohne die Erbschaft, mag er sie ausschlagen, mag ein **suus** sich davon abstiniren, mag er sie als **indignus** verlieren oder sie als Fiduciar restituiren — warum sollte denn nicht der Erbe des Prälegatars dasselbe Recht haben? Darum will Claussen, weil widersprechende Stellen einander aufheben, um die organische Einheit zu erhalten und der Vernunft, d. h. hier dem erblasserischen Willen, zu folgen, dieß **fr. 75 § 1 De legatis II pro non scripto** halten, worin er, ohne es zu wissen, schon Vorgänger hat[89]). Wir sind nun allerdings der Meinung, daß Papinian im **fr. 18 § 2 cit.** deshalb einer Billigkeitsrücksicht gehuldigt und dem Willen des Erblassers den Vorzug vor dem starren Buchstaben des Rechts gegeben habe, weil jener Wille ihm klar vorlag. Allein in unserm Falle ist es anders. Dort konnte dem Honorirten das Legat bleiben, hier nicht, weil er gestorben; und daher ist es ungewiß, ob der Erblasser dem — ihm vielleicht ganz unbe-

---

Cuiacius Comm. ad tit. 1 de legatis III ad l. Sextiam (32); *Hertius* Diss. § 15, 16; Wening-Ingenheim Civilrecht Buch V § 70 (Ausgabe von Fritz § 456); Vangerow Leitfaden § 523 Anm. a. E. Bd. 2 S. 439.

88) In seiner Zeitschrift S. 194, 195.

89) S. oben im sechsten Capitel zu Note 51 ff.

kannten — Erben seines Erben eine Begünstigung zu Theil werden lassen wollte. Bei dieser Ungewißheit über den Willen des Erblassers war es doch gewiß vernünftiger, die Rechtsconsequenz aufrecht zu erhalten, um nicht gewiß gegen diese und außerdem vielleicht noch gegen den Willen des Erblassers zu verstoßen, welcher durch die Anordnung einer Substitution eine Beschränkung seiner Liberalität auf die physische Person dieses Erben angedeutet hatte.

Nettelbladt [90]) hat die Beweiskraft unseres fr. 75 § 1 De legatis II aus folgendem Grunde zu leugnen versucht. Er behauptet, der Substitut sey ursprünglich gar nicht verbunden gewesen, alle dem instituirten Erben auferlegte Vermächtnisse zu zahlen; erst Severus und Antoninus [91]) haben dieß, wie Ulpian im fr. 61 § 1 D. eod. erzähle, durch ein Reskript [92]) geändert; das fr. 75 aber sey aus Papinians Schriften entnommen, welcher zwar noch unter jenen Kaisern lebte, aber dieses sein Gutachten gewiß vor der eben erwähnten Verordnung geschrieben habe. Damals brauchten also die substituirten Miterben nur die Theile von den Prälegaten zu zahlen, welche sie an den instituirten Miterben selbst hätten zahlen müs-

90) Von Prälegaten S. 69, 70, 72.

91) *Cuiacius* Comm. ad Codicis titulum ad SCtum Trebell. 6, 49.

92) „Dessen Bedeutung nicht recht klar ist." Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 245 Note 1. Daß bedeutende Abweichungen vom bestehenden Rechte durch ein Reskript eingeführt sein sollen, ist nach der Natur der Reskripte kaum anzunehmen; allein wir können auch nicht der Hoffmannischen Meinung (Sell Jahrbücher Bd. 1 S. 384) beipflichten, die übrigens schon *A. Faber* Coniecturae lib. 4 cap. 13 vertheidigt, daß bereits Julian derselben Ansicht gewesen sein soll, die jenes Reskript aussprach. Vgl. Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien S. 119 und v. d. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandektenrechte S. 7.

Digitized by Google

sen, während der Theil am Prälegate, welcher auf der Erbportion des Prälegatars haftete, nicht von ihnen geleistet werden durfte. Dagegen ist aber Folgendes zu bemerken. Zuerst wissen wir ziemlich genau, in welche Zeit dieß Reskript fällt, welches im fr. 61 § 1 De legatis II dem Septimius Severus, in der c. 4 C. ad SCtum Trebell. dem Antoninus Caracalla und im fr. 74 De legatis I genauer beiden Kaisern [93]) zugeschrieben wird. Wegen dieser letzten Angabe muß das in Frage stehende Reskript zwischen die Jahre 198 und 211 fallen. Papinian überlebte aber diese Gesammtregierung und starb erst 212 gewaltsamen Todes [94]), so daß er ganz gut dieß Reskript hat benutzen können [95]). Für's Zweite ist das fr. 75 in der von Blume genannten Papiniansmasse excerpirt [96]), in welcher die Thätigkeit der dabei beschäftigten Praktiker am meisten sich im Fortschneiden und Aendern des Veralteten thätig gezeigt hat [97]). Wäre also die Antwort im fr. 75 auf antiquirtem Rechte basirt gewesen, so hätten die Compilatoren sie entweder fortgelassen oder geändert. Endlich aber halten wir das Argument, worauf Nettelbladt seine Meinung gründet, insofern für ein ganz unpassendes, da bei der Anordnung des Prälegates ja keineswegs ein einzelner instituirter Erbe als solcher, sondern die Erbschaft als solche, gleichviel wer sie erhielt, als belastet galt, in welchem Falle schon nach der Erklärung von Afrikanus [98]), der fast ein Jahrhundert vor Ca-

93) Imperator noster cum patre.

94) *Cassius Dio* historia Romana lib. 77 cap. 4.

95) Daß Papinian nach diesem Reskripte seinen hier in Frage stehenden Bescheid geschrieben, wird auch behauptet in den Conciliationes legum, quae contrariae videntur lib. I cap. 1.

96) Savigny's Zeitschrift Bd. 4 S. 462.

97) Savigny's Zeitschrift Bd. 4 S. 348.

98) fr. 15 verbunden mit fr. 14 § 1 De iure codicill. 29, 7.

racalla lebte, auch der Substitut den Vermächtnißnehmern haftete [99]).

Als entscheidend für die Frage, welche Rechte dem Vulgarsubstituten des mit dem Prälegate bedachten Erben auf dieses Prälegat zukommen, findet sich oft das fr. 32 De legatis III [100]) citirt [101]). Es heißt hier: Jemand setzt seine Tochter Sextia auf ein Viertel, seine Schwestersöhne Sejus und Marcius auf die übrigen drei Viertel zu Erben ein; die Sextia und den Mävius substituirt er sich gegenseitig; endlich prälegirt er dem Marcius bestimmte einzelne Sachen. Nach dem Tode des Testators kümmert Marcius um seinen Erbtheil sich nicht, stirbt ohne Testament und wird von seinem Bruder Sejus als dem nächsten Intestatsuccessor beerbt. Es entstand nun die Frage: kann die Sextia von diesem Sejus wegen ihres Substitutionsrechtes auch die von dem Marcius erworbenen Prälegate vindiciren, so wie sie den demselben designirten Erbtheil an dem Vermögen ihres beiderseitigen Erblassers in Anspruch nehmen darf? Scävola verneint diese Frage; er

---

99) *Papillonius* de directis heredum substitutionibus cap. 8 in *Otto* Thes. T. IV p. 707.

100) Sextiam filiam ex quadrante, ex reliquis Seium et Marcium, sororis filios scripsit heredes; Sextiam substituit Marcio, et Marcium Sextiae, dedit autem per praeceptionem Marcio certas species; Marcius partem hereditatis, ex qua scriptus erat, omisit, et eo intestato defuncto bona eius ad fratrem legitimum Seium devoluta sunt. Quaesitum est, an Sextia ex substitutione (die beiden vorstehenden Worte können fortgelassen werden, da sich eine Zeile später ihr Sinn in den Worten iure substitutionis wiederholt) etiam haec, quae praelegata Marcio erant, iure substitutionis a legitimo herede defuncti sibi vindicari possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, Sextiam in legatis, quae Marcio data sunt, substitutam non esse.

101) z. B. von *Corasius*, *Vigelius*, *Cephalus*, *Peregrinus*, *Hilliger*, *Hertius*, Mühlenbruch.

Digitized by Google

sagt: hinsichtlich der Prälegate gilt die Sertia nicht als Substitutin des Marcius. Wäre aber auch die Substitution nicht, wie im vorliegenden Falle, auf die Erbschaft beschränkt, sondern sogar auf die Prälegate ausgedehnt gewesen, so hätte sie doch in Beziehung auf die letztern hier nicht mehr Anwendung finden können, da die ihr zum Grunde liegende stillschweigende Bedingung, wenn der zuerst berufene Legatar das Vermächtniß entweder nicht annehmen konnte oder nicht annehmen wollte, hier nicht eingetreten war, indem der zuerst berufene Erblegatar die Prälegate in ihrem vollen Umfange erworben hatte. Daß er dieß gethan, geht aus der Aeußerung deutlich hervor, daß nur die Erbschaft eine omissa sey (partem hereditatis, ex qua scriptus erat, omisit), nicht das Legat, sowie noch augenscheinlicher aus der Frage, ob die Sertia die Prälegate von den Intestaterben des Prälegatars vindiciren könne, was natürlich voraussetzt, daß der verstorbene Marcius bereits den Besitz dieser legirten Objekte erworben hatte [102]).

Wir gehn jetzt zur Betrachtung der Frage über: hat der Pupillarsubstitut des mit einem Prälegate bedachten Erben auch ein Anrecht [103]) auf das Prälegat?

---

102) S. oben zu Note 51. *Chesius* Interpretationum iuris liber II cap. 3 § 39 meint, daß trotz der kategorisch abgefaßten Antwort Scävolas, die Sertia sey nicht für die Legate substituirt, sie nichtsdestoweniger den Theil des Prälegates, welcher von der Erbportion des Marcius zu entrichten gewesen wäre, habe in Anspruch nehmen können, weil bei der Antwort zu suppliren sey: für die Prälegate, insoweit sie legati iure gelten. Diese Ansicht wäre vollkommen richtig, wenn nicht im vorliegenden Falle das Schicksal des gesammten Prälegates schon durch dessen Annahme ganz entschieden gewesen wäre.

103) Daß er auch als belastet mit Legaten und Prälegaten gilt, ebenso wie der Unmündige, dem er pupillariter substituirt ist, beweist *Hakelman* de substitutionibus Disp. II nr. 24. Lipsiae 1617. 4.

Digitized by Google

Tritt für den unmündigen Prälegatar sein Pupillarsubstitut auf, so kann derselbe, fast [104]) unbestritten von den neuern Juristen [105]), die dem Unmündigen hinterlassene Erbschaft und dessen etwanige Prälegate in Anspruch nehmen, da nach der allgemein angenommenen Meinung die Pupillarsubstitution sich auf alles Vermögen des Pupillen bezieht, was ihm zu irgend einer Zeit durch Erbschaft oder Legat zufällt [106]). Dahin gehören nun aber auch die Prälegate in ihrem ganzen Umfange. Das **fr. 60 pr. D. ad legem Falcidiam** [107]), wel-

104) Als Gegner dieser Ansicht sind uns nur *Albericus de Rosciate* super secunda parte Infortiati ad l. Marcellus § quidam D. ad SCtum Trebell. und *Ioannes Cephalus* Consilia lib. II consil. 259 nr. 52, lib. IV consil. 513 nr. 48 bekannt geworden. Auch *Franciscus de Ripa* super secunda Infortiati parte in l. heredes De vulg. et pup. subst. nr. 178 gehört hierhin; allein er erkennt zwei Ausnahmen an, von denen gleich die erste, unserer Meinung nach, seine Regel überall aufhebt, nemlich wenn sich auch nur indirekt der Wille des Erblassers, daß die Prälegate auf den Pupillarsubstituten übergehn, zu erkennen gibt.

105) Praelegata veniunt in substitutione pupillari. So die loci communes in Bartolum a *Brederodio* collecti. Basileae 1589. v. praelegatum; *Barth. Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 6; Repertorium *Bertachini Firmani*. Lugduni 1562 v. praelegatum; *Ioannis Vaudi* Variae quaestiones lib. I qu. 8; *Ferrettus* Praelect. in lib. 35 tit. 2 ad l. Titia nr. 25. Opera Francofurti 1598 p. 509; *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 41 Opera Tom. II p. 343.

106) fr. 10 § 5 De vulg. et pup. subst. 28, 6: ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obvenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis; cum et exheredato substituere quis possit. Nisi mihi proponas, militem esse, qui substituit heredem hac mente, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae a se ad institutum pervenerunt. *Iason* Prima super Infortiato ad l. cum filiae De vulg. et pup. nr. 13. Lugduni 1540 fol. 120.

107) *Iavolenus* libro XIV ex Cassio. Quum pater impuberi

ches für diesen Fall seit der Glosse angezogen wird, enthält nach unserer Meinung nicht nothwendig den für Prälegate geforderten Beweis. Denn der dieser Stelle zum Grunde liegende Fall, soweit er sich unbestreitbar feststellen läßt, ist folgender. Ein Vater hinterläßt seiner unmündigen Haustochter Legate und Pupillarsubstituten. Treten die letztern an, so haben sie gar nicht nöthig, die Legate bei der Berechnung der Falcidischen Quart zu berücksichtigen [108]). Diese Legate sollen nun nach der gewöhnlichen Meinung Prälegate der zur Theilerbin eingesetzten Tochter des Erblassers sein [109]). Allein wenn wir uns erinnern, daß auch enterbten und präterirten Kindern selbst nach Justinianeischem Rechte pupillariter substituirt werden konnte [110]), so ist es auch in dem vorliegenden Falle ganz gut möglich, daß die mit dem Legate bedachte Tochter nicht als Erbin eingesetzt war, wofür noch der Umstand als bedeutend gelten kann, daß Javolenus, der Verfasser dieses Fragmentes, wenigstens in den uns aufbehaltenen Fragmenten, nirgends die Materie von den Prälegaten berührt.

Will man, wie einige Juristen thun [111]), noch besonders

---

filiae heredem (heredes wäre besser wegen des folgenden Wortes substitutos; aber es wechseln in unsern Rechtsquellen so oft die Numeri in demselben Fragmente unter einander, daß an Textescorruption nicht gedacht werden kann) substituit, id quod ei (sc. filiae) legatorum nomine a patre obvenit, quum hereditas ad substitutos pertinet, in computationem legis Falcidiae non venit.

108) *Nicolai Vigelii* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1160; *Goveanus* Comm. ad Digestorum tit. ad leg. Falcid. ad h. l.

109) So die Glosse zu dieser Stelle, **Vigelius**, **Goveanus** und **Corasius** a. a. O.

110) § 4 I. de pup. subst. 2, 16; fr. 1 § 2, fr. 6, fr. 10 § 4 § 5 (s. oben Note 106) De vulg. et pup. 28, 6.

111) z. B. *Barth. Socinus* super secunda Infortiati parte

von einer **militaris substitutio** sprechen, so müssen wir behaupten, daß hier der ausgesprochene Wille des Soldaten das zuerst entscheidende Gesetz ist; wenn es aber an eigenthümlich getroffenen Bestimmungen fehlt, daß alsdann, jenachdem die Substitution als eine **vulgaris** oder als eine **pupillaris** angesehn werden kann, die für jene oder die für diese aufgestellten Regeln gelten [112]).

Was endlich den Quasipupillarsubstituten betrifft, so liegt es schon in dem Namen, daß für ihn ganz dieselben Regeln gelten, welche wir für den Pupillarsubstituten aufgestellt haben. Darüber herrscht auch volle Einigkeit unter den neuern Juristen [113]).

---

ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 6; *Papillonius* in *Otto* Thes. T. IV p. 757 ff.; *Bauer* Opuscula Tom. I nr. 5. *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 43 ff. (Opera Tom. II p. 343) gibt die ältere Literatur über diese Frage und stellt im § 46 die Unterschiede der militaris von der vulgaris und pupillaris substitutio zusammen. Er selbst entscheidet sich dafür, daß auf den substitutus militaris die Prälegate nicht übergehn, weil derselbe nur ad hereditatem testantis gerufen sey und zu der hereditas das Prälegat nicht gehöre. **Socinus** will unterscheiden, ob die militaris substitutio in hereditate oder in portione angeordnet sey, nur im letztern Falle umfasse sie auch die Prälegate. Vgl. noch *Menochius* de praesumtion. lib. IV praes. 195 nr. 12 ff.

112) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 10; art. VIII nr. 46.

113) Gemma legalis in Opera Bartoli a *Luciano Bassano*. Venetiis 1615 v. praelegata; *Barth. Socinus* a. a. O. nr. 6; *Ferrettus* Praelect. in lib. 35 Dig. tit. 2 ad l. Titia § 25 Opera Francof. 1598 p. 509; *Corasius* a. a. O. § 42; *Menochius* a. a. O. nr. 10, 11; *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 9; *Franciscus de Barry* de successionibus Vol. I lib. 5 tit. 7.

Dreizehntes Capitel.

Wie werden Prälegate erworben?

Der mit einem Prälegate Bedachte kann zu demselben entweder auf gerichtlichem oder auf außergerichtlichem Wege gelangen. Für den ersten Weg steht ihm eine doppelte Reihe von Rechtsmitteln zu Gebote, jenachdem er in seiner Eigenschaft als Legatar oder in der eines Erben auftritt.

In der Eigenschaft eines Vermächtnißnehmers [1]) stehn dem

1) Nur dann können wir der in den Consilia Tubingensia Vol. I consil. 81 nr. 42 ausgesprochenen Ansicht beitreten, wornach eadem remedia praelegatario competunt pro consequendo praelegato, nempe pro illa parte, quam iure legati habet, et a coheredibus petere necesse habet; respectu vero illius partis, quam a se ipso accipere debet, si illa forte ab aliis sit occupata, pro illa obtinenda non actionibus simplici legatario competentibus, sed vel petitione hereditatis, si ipsi cum possidentibus hereditatem vel rem hereditariam pro herede vel pro possessore negotium intercedit, vel actione familiae herciscundae, si inter coheredes res vertitur, wenn der berechtigte Legatar auch als Erbe wirklich antritt; denn repudiirt er die Erbschaft, so gehn diese Vermächtnißklagen auf das ganze Vermächtniß. Aber gesetzt, er tritt die Erbschaft an, so wird er nichtsdestoweniger von jedem dritten Besitzer mit der in rem actio die Herausgabe der ihm zu eigen legirten Sache des Erblassers fordern können Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht § 1050 a. E. Mit jener Tübinger Ansicht im nahen Zusammenhange steht auch die Meinung des *Hercules Marescottus* Variar. Resolution. lib. I cap. 58 nr. 27: in praelegatis non est locus executioni, nisi pro parte coheredis, quoniam pro alia parte capiuntur iure hereditario.

Prälegatar, selbst bevor [2]) er seinen Erbtheil angetreten hat [3]), dieselben Rechtsmittel theils elektiv [4]), theils cumulativ [5]) zu, welche jeder Legatar hat [6]); also eine **personalis actio** [7]) **ex testamento** [8]) oder die **fideicommissi vel legati peti-**

---

2) Nur **post aditam hereditatem** von Seiten des Prälegatars soll derselbe **actionem ex testamento** (und **familiae herciscundae iudicium**) haben nach den **Decisionum sive rerum in camera Imperiali iudicatarum liber secundus collectus e** *Gailii* **et** *Meisneri* **lucubrationibus opera** *Adriani Gilmanni*. **Francof. 1603. fol. Decisio 44 nr. 13.**

3) Tritt er gar nicht die Erbschaft an, so fällt allerdings die Reihe der Erbschaftsklagen für ihn fort, aber die Rechtsmittel des simplen Legatars bleiben ihm; **fr. 18** vgl. **mit fr. 17 § 2 De legatis I.** *Duarenus* **in tit. de legatis I ad l. 17.** Vgl. das zwanzigste Capitel zu Note 29 ff.

4) *Bergeri* **Oeconomia iuris ed.** *Haubold* **lib. 2 tit. 4 thes. 29 nota 7.**

5) *Frantzkii* **Exercitt. iuris XIV. Exerc. VII quaest. 1 nr. 24, 25.**

6) **Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 105 nr. 15** (s. noch oben Note 1).

7) **fr. 85 De legatis I. 30; § 2 I. de legatis 2, 20;** *Iasonis Mayni* **in secundam Infortiati partem commentaria ad tit. de legatis I § si uni nr. 1 u. 7.** Nach Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 275 war diese Klage die ursprüngliche **fideicommissi petitio.** Vgl. jedoch Holtius in Hugo's Civilistischem Magazin Bd. 6 Nr. 17. Sie ist die einzige Klage bei einer **liberatio praelegata,** bei der jedoch auch eine bloße Einrede denkbar ist. *Christinaeus* **Decisiones Vol. IV Decisio 34 nr. 1.**

8) Gegen den zuweilen (z. B. in **fr. 7 § 1 De liberat. legata**) vorkommenden Zusatz **ex testamento** ist zu erinnern, daß zur Zeit der classischen Juristen allerdings nur Legate in einem wirklichen Testamente oder in einem confirmirten Codicille, der auch als Theil von dem Testamente galt, hinterlassen werden konnten. Nachdem aber Fideikommisse in jedem letzten Willen giltig errichtet werden durften,

tio [8a]). Diese ist bei vermachten körperlichen Gegenständen auf Leistung derselben sammt ihren Accessionen und auf Ersatz für etwanige culpose Beschädigung derselben durch die Miterben [9]), dagegen bei einem nomen praelegatum auf Cession pro portione coheredum [10]), und wenn der Vermächtnißnehmer die Erbschaft nicht antritt, auf Cession der ganzen Forderung gerichtet [11]). Ferner hat der Prälegatar die hypothecaria actio [12]) und unter Umständen, d. h. sofern das Vermächtniß nach der Natur der Verhältnisse ein dingliches Recht gewähren konnte [13]), die Vindikation der Sache [14]), auch wohl nur eine partis

---

so mußte in dem Ausdrucke agere ex testamento unter Testament auch jedes unbestätigte Codicill verstanden werden, und da endlich Fideikommisse durch simpeln Auftrag an einen Erben, sogar nutu, errichtet werden durften, so ist für einen solchen Fall der Zusatz ex testamento ungehörig.

8a) z. B. fr. 11 § 22 De legatis III. 32.

9) Burchardi Geschichte und Institutionen S. 1240, 1241.

10) fr. 42 D. familiae hercisc. 10, 2 (die Worte im achten Capitel Note 46); Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 260.

11) Er kann jedoch auch, ohne daß die Cession geschehn ist, utiliter die Schuldklage anstellen c. 18 C. de legatis 6, 37; Mühlenbruch Cession § 16, zweite Ausgabe S. 176 . . . 178; Roßhirt a. a. O. S. 254, 255.

12) c. 1 Communia de legatis 6, 43. Die Hypothek lastet auf den ererbten Vermögenstheilen seiner Miterben, also auf der ganzen Erbschaft, wenn der Berechtigte die Erbschaft repudiirt.

13) Mayer das Recht der Anwachsung S. 144 ff. Vgl. oben das zweite Capitel Note 92.

14) c. 12 C. de legatis 6, 37. Wegen dieser Stelle, wo Gordian nach dem Vorgange Papinians die Vindikation des Prälegates verstattet, ergibt sich die Behauptung von *Accursius* ad c. 1 Communia de legatis, *Maranus* Paratitla in lib. 30 . . . 32 Dig. p. 298 und *Vulteius* Commentarius in Inst. ad § 2 I. de legatis

vindicatio [15]) oder eine confessoria actio [16]). Außerdem gebührt dem Prälegatar in Bezug auf prälegirte Sachen, in deren Besitz der Honorirte sich schon befindet [17]), ein im Wege der Einrede auszuübendes Retentionsrecht [18]); ferner das interdictum de tabulis exhibendis [19]), wobei noch der Gewinn für den Kläger eintreten kann, daß, wenn der Beklagte nicht exhibiren will, ein bedingtes Prälegat, als wäre es unbedingt hinterlassen, taxirt, und diese Summe ohne Cautionsleistung von Seiten des bedingt Berechtigten gezahlt werden muß [20]). Endlich gehört hierhin die missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa wenigstens als Zwangsmittel zur Bestellung einer Caution [21]).

---

als unrichtig, daß erst Justinian die Vindikation bei Prälegaten gestattet habe. Schon *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. XIII Thes. I lit. E hat diese Behauptung widerlegt. Ueber die Requisite des Legates, damit die Vindikation zulässig sey, verbreitet sich *Iason* Secunda super Infort. ad l. 1 De legatis I nr. 115.

15) arg. fr. 26 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2.

16) Vgl. das achte Capitel Note 31, 32 und Burchardi a. a. O. § 381 S. 1261.

17) Beispiele im achten Capitel Note 30.

18) *Caspar Klock* Consilia. Consil. 102 nr. 168. Das Recht der Einrede genügt bisweilen auch bei einer liberatio praelegata. Vgl. oben Note 7 und fr. 3 § 3 De liberatione legata 34, 3.

19) fr. 3 § 10 § 15 De tabulis exhibendis 43, 5. Bruno Schilling Pandektenrecht für Studirende § 618. Dasselbe Rechtsmittel kommt dem Prälegatar auch in der Eigenschaft als Erbe zu § 10 cit.

20) fr. 3 § 14 D. eod. vgl. fr. 14 § 1 D. quib. ex causis 42, 4.

21) fr. 8, fr. 9 D. ut legatorum 36, 3. Daß in dieser Beziehung durch Justinian nicht die genannte missio aufgehoben ist, beweist die Erwähnung dieser Caution in Novelle 22 Cap. 41. Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 325, 326.

Digitized by Google

Ja selbst die ad exhibendum actio kann unter Umständen angestellt werden [22]).

In der Eigenschaft als Erben gebühren dem Prälegatar ebenso die petitorischen Klagen eines solchen, die hereditatis petitio [23]) und das familiae herciscundae iudicium [24]), als ihm unter Umständen die possessorischen Rechtsmittel eines Erben, das quorum bonorum interdictum [25]), die missio ex l. ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo [26]) und das quod legatorum interdictum [27]) zustehn. In der Anstellung eines jeden dieser Rechtsmittel liegt immer zwar die indirekte Erklärung, die Erbschaft antreten zu wollen, allein eine ausdrückliche Einwilligung zur Annahme des Prälegates wird man nicht immer darin finden können, weil hier die Eigenschaft des Erben prävalirt.

---

22) fr. 2 § 1 De tritico, vino 33, 6.

23) arg. fr. 9, fr. 10 pr., fr. 18 § 2 De hered. petit. 5, 3; c. 7 C. eod. 3, 31; Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 81 nr. 42, Consil. 105 nr. 16.

24) S. unten Note 28 ff. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 40 S. 176; Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 289.

25) Ueber dessen Natur s. Leist die bonorum possessio Bd. 1 § 48...50, insbesondere S. 323.

26) Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 366.

27) Setzen wir den Fall, daß zweien Erben als Prälegat die Bibliothek des Erblassers hinterlassen ist, und daß Jeder von Beiden sich schon in den Besitz einiger zu dieser Bibliothek gehöriger Bücher gesetzt hat, jedoch so, daß Beide sich in ihren zu erhaltenden Theilen verletzt finden, so kann Jeder hier gegen den Andern das quod legatorum interdictum anstellen (fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3), und die Condemnation wird gegenseitig auf Herausgabe einzelner Bände, namentlich zur Completirung ganzer Werke, lauten. v. Buchholtz Versuche S. 117.

Trotz dem, daß so oft die Römischen Juristen ohne alles Bedenken auf Verfolgung der Prälegate, sie mögen in Form einer praeceptio [28]) oder auf andere befehlende Weise [29]), oder in Form einer Bitte [30]) sich angeordnet finden, das **familiae herciscundae iudicium** gestatten [31]), so daß dieses Rechtsmittel als der wesentlich praktische Erfolg sowohl der eigentlichen als der uneigentlichen Prälegate von unsern Juristen mit Recht

---

28) fr. 22 § 1 (familiae herciscundae iudex ita potest pluribus eandem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta, ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adiudicetur, vel si certam partem unicuique coheredum adsignet; sed potest etiam licitatione admissa uni rem adiudicare), fr. 25 § 22 verbunden mit fr. 26 (die Worte im achten Capitel Note 17, 18), fr. 28 rem pignori creditori datam, si per praeceptionem legaverit testator, officio iudicis continetur, ut ex communi pecunia luatur, eamque ferat is, cui eo modo fuerit legata (der iudex in dieser Stelle ist gerade wie im fr. 35 § 2 De hered. inst. der familiae herciscundae iudex), fr. 42 (die Worte im achten Capitel Note 46) D. familiae herciscundae 10, 2.

29) fr. 4 pr. D. eod. (die Worte s. unten Note 38); fr. 17 § 2 De legatis I. 30.

30) c. 7 C. fam. hercisc. 3, 36; *Voorda* Interpret. cap. 25.

31) Auch das fr. 67 pr. De legatis I (die Worte im fünften Capitel Note 204) gehört zu diesen Beweisstellen, indem die Aeußerung servus uni ex heredibus legatus adiudicandus est auf eine adiudicatio bei einer Theilungsklage hinweist, welche keine andere als die familiae herciscundae actio sein kann. Die Nothwendigkeit, welche im fr. 22 § 1 D. fam. herc. 10, 2 (die Worte oben Note 28) Pomponius noch anerkennt, zweien ein Prälegat zu adjudiciren, konnte wohl nur in dem Falle eintreten, wenn eine juristisch untheilbare Sache zweien Prälegatarien hinterlassen war. Ulpian verstattet in einem solchen Falle eine Licitation des Prälegates zwischen den dazu Berechtigten, um dem Meistbietenden unter diesen Beiden die prälegirte Sache ganz zuzuschlagen.

Digitized by Google

anerkannt wird[32]), so hält dennoch Pfeiffer[33]) die Anwendung dieser Klage auf die Prälegate für inconsequent, weil dieselbe hier ihre Natur als **duplex iudicium** verleugnen soll. Sehn wir nun aber auch von dem Falle ab, daß mehreren Erben wahre Prälegate oder nur Wechsellegate hinterlassen sind, wo durch die dabei mögliche Compensation eine wirkliche Duplicität hervorgebracht wird, so hat doch Pfeiffer dabei den Umstand nicht erwogen, daß diese Klage gerade den Zweck hat, jedem einzigen auf die Erbschaft gerichteten Anspruche der Miterben gegen einander auf einmal ein Ende zu machen[34]). Roßhirt, welcher dieß Rechtsmittel als das einzige praktische Kennzeichen der Prälegate ansieht, fragt daher ganz mit Recht[35]): welchen vernünftigen Zweck hätte die Ausschließung desjenigen Theiles des Prälegates, welcher Legat ist, von diesem iudicium universale gehabt? etwa den, der Form einer theoretischen Ansicht zu genügen, worauf die praktischen Römer gewiß am wenigsten sahn? Auch erinnert er sehr gut daran, daß diese Klage zu den **bonae fidei actiones**, die persönliche Klage aus dem Legate zu den **stricti iuris iudicia**

32) *Raphael Cumanus* Commentationes in secundam Infortiati partem ad l. 17 § 2 De legatis I; *Eguinarii Baronis* ad omnes partes Dig. manualium libri singulares lib. 6 ad tit. 3 lib. 43. Lutetiae 1576 p. 176; *A. Faber* Coniecturae lib. 6 cap. 1; *Heineccii* Elementa iuris § 604; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 252.

33) Diss. de praelegatis § 34; ebenso daher auch Nettelbladt Prälegate S. 74, 75.

34) Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 40 S. 310: daß der Miterbe sein Recht auf das Prälegat durch das familiae herciscundae iudicium geltend machen kann, ist eine bloße Folge des ohnehin bereits zwischen Miterben als solchen bestehenden obligatorischen Verhältnisses. Vgl. das zweite Capitel Note 21.

35) Vermächtnisse Bd. 1 S. 286.

gehörte [36]). Gegen ihre sonstige Natur [37]) findet die Erbtheilungsklage auch da Anwendung, wo einem Miterben eine Forderung des Erblassers zum Voraus legirt ist [38]). Sogar in dem Falle, wenn der **ex asse heres** gebeten ist, seine ganze Erbschaft, nur mit Zurückbehaltung von bestimmten Sachen, zu restituiren, kann, wenn er sich das Trebellianische Viertel berechnet, der Anwendung dieses Rechtsmittels Nichts im Wege stehn [39]).

Auf außergerichtlichem Wege gelangt der Prälegatar zu dem Objekte seines Rechts entweder durch die freiwillige Leistung von Seiten der belasteten Erben oder, wenn diese nicht erfolgt, freilich nur bei prälegirten körperlichen zur Erbschaft gehörigen Objekten, durch Occupation [40]), wenn nicht der Prälegatar bereits bei Lebzeiten des Erblassers das prälegirte Objekt in seinen Händen hatte. Ist diese Occupation geschehn, bevor die Miterben des Occupanten die Erbschaft angetreten haben, so steht ihnen, wenn und inwieweit sie durch die geschehene Occupation des Prälegates sich für verletzt halten und sie nicht alle zur Besitzergreifung eingewilligt [41]), das **interdictum quod legatorum** zu, welches nach den ausdrücklichen Worten Ulpians gegen jeden Legatar gieng, selbst wenn er

---

36) § 28 I. de actionibus 4, 6; **Burchardi** System und Geschichte des Römischen Privatrechts § 311 S. 983, § 377 S. 1242.

37) fr. 25 § 1 D. fam. hercisc. 10, 2.

38) fr. 4 pr. D. eod. Ceterae itaque res praeter nomina veniunt in hoc iudicium. Sin autem nomen uni ex heredibus legatum sit, iudicio familiae herciscundae hoc heres consequitur.

39) arg. fr. 40 D. fam. hercisc. 10, 2. Vgl. fr. 27 § 11 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

40) Consilia Tubingensia Vol. I consil. 105 nr. 16.

41) fr. 1 § 15 D. quod legatorum 43, 3.

durch das Legat schon Eigenthümer der Sache geworden war [42]).

Auch konnte dieß occupirte Prälegat nicht bloß wegen einer Verletzung des aus der **lex Falcidia** den Miterben zustehenden Rechts [43]) von diesen dem Prälegatar entzogen werden, sondern auch wegen Verletzung des Pflichttheils und insbesondere wenn die Schulden des Erblassers die Berichtigung der Legate vorläufig unräthlich machten [44]). Dieß Interdikt gieng aber nur auf den Theil des Legates, welchen der Prälegatar von seinem Miterben zu fordern hatte [45]); denn nur diesen Theil besaß er **pro legato**, den andern, wegen dessen er an sich selbst gewiesen war, besaß er **pro herede** [46]). Nur wenn der Erblegatar die Erbschaft ausgeschlagen, sich aber in den Besitz des Legates gesetzt hatte, so gieng das Interdikt auf das ganze legirte Objekt, weil in diesem Falle er es ganz **legati iure** besaß.

Ist die Occupation des prälegirten Objekts durch den Prälegatar geschehn, nachdem die Miterben die Erbschaft angetreten und den Besitz der prälegirten Sache ergriffen hatten,

---

42) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3: Qui vero ex causa praeceptionis, utique tenetur hoc interdicto; sed pro ea scilicet parte, quam iure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet. Idemque erit dicendum, et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit; nam et hic dicendum est, pro ea parte, qua heres est, cessare interdictum.

43) *Donelli* Commentarii 9, 9. *Pfeiffer* Diss. § 35 beschränkt die Anwendung des Interdikts auf diesen Fall. S. dagegen oben Note 27 und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 519.

44) *I. H. Boehmer* Consult. et Decis. Resp. 649 nr. 34: weder detractio legis Falcidiae noch sonsten ein ander Interesse.

45) *Zasius* in Dig. novum ad tit. quorum legat. ad fr. 1 § si quis.

46) Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 81 nr. 35, 36.

so kann wegen der lex Falcidia ihnen etwa eine partis vindicatio [47]) oder eine in factum actio [48]) zustehn, oder in dem Falle, daß der Prälegatar die prälegirte Sache in diebischer Absicht ergriffen, die furtiva condictio und die furti actio zur Anwendung kommen [49]).

Wenn nun der Erblegatar das Vorvermächtniß erworben hat, so fragt sich: unter welchem Titel besitzt er?

Als wesentliche Voraussetzungen der eigentlichen Prälegate haben wir bei der Feststellung ihres Begriffs folgende zwei Punkte hervorgehoben, die vereint, nicht bloß einzeln vorhanden sein müssen: daß nemlich der Berechtigte ein Erbe ist und daß er durch die Belastung der ganzen Erbmasse mit diesem Vermächtnisse als selbst mitverpflichtet [50]) zur Leistung dieses Legates erscheint [51]). Aus diesen Voraussetzungen und aus dem geschilderten Wesen der Prälegate ergibt sich, daß der Prälegatar das Prälegat als solches nur zu den Theilen iure legati erwirbt, welche seine Miterben an dem legirten Gegen-

---

47) arg. fr. 26 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2.

48) arg. fr. 77 § 2 De legatis II. 31.

49) *Ramos del Manzano* Prael. ad tit. de legatis Pars I § 26 in *Meermanni* Thes. Tom. VII p. 178 meint, bei Vindikations- und Präceptionslegaten stehle der Legatar nicht hereditariam, sondern suam rem, und schließt daraus, trotz des fr. 48 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und der c. 5 C. de legatis 6, 37, daß diese vom Erblegatar gestohlenen Sachen ihm nicht entrissen werden könnten.

50) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 256 drückt dieß wesentliche Requisit nicht scharf genug dahin aus: daß der Honorirte in einem und demselben Legatsfalle zugleich onerirt ist. Zu dieser Angabe paßt nemlich ebenfalls jedes sub modo legatum, indem ja durch die hinzugefügte Zweckbestimmung auch der honorirte Legatar belastet ist.

51) *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 349.

Digitized by Google

stande entweder verlieren [52]) oder an den Berechtigten leisten müssen [53]). Auf ein Mehreres besteht das Legat nicht; es ist auf einen so großen Theil, als der Prälegatar von der Erbschaft erwirbt, ungiltig; und dieser Theil fällt daher demjenigen zu, von dem derselbe geleistet werden sollte. Dieß ist nun aber der Prälegatar selbst; also bleibt dieser Theil des Legates in seinen Händen zurück und er besitzt diesen ungiltigen Theil des Legates als Erbschaft [54]). Hieraus ergibt sich, daß in dem Besitze des prälegirten Objekts zwei Titel, ein singulärer und ein universeller concurriren [55]), und daß natürlich je größer der Erbtheil des Berechtigten ist, desto größer auch derjenige Theil des Prälegates ist, welchen er **hereditario iure** erwirbt [56]).

52) Wenn es, wie gewöhnlich, ein Vindikationslegat seinem Gegenstande nach sein konnte.

53) Wenn es ein Damnationslegat seinem Gegenstande nach sein mußte. *Aem. Ferrettus* Praelect. in tit. 2 lib. 35 Dig. ad l. Titia nr. 27 Opp. p. 510 sagt: keinen Unterschied macht es hierin (anders beim Eigenthumserwerbe), ob die prälegirte Sache dem Erblasser, dem Erben oder einem Dritten gehört; denn die Erben müssen in den beiden letzten Fällen die Sache kaufen, und der Theil der prälegirten Sache, welcher mit des Prälegatars ererbtem Gelde gekauft ist, gilt als hereditaria pars für den Prälegatar.

54) Mühlenbruch Lehrbuch der Institutionen § 176: Soweit einem Miterben ein solches Vermächtniß von seinem Miterben zu leisten ist, hat es die Natur eines gewöhnlichen Legates; soweit er selber dabei belästigt erscheint, wird der Gegenstand desselben als Erbtheil behandelt.

55) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 2 consil. 291 nr. 27.

56) Daß, wenn der Berechtigte ex asse heres wird und bleibt, er also nicht bloß einen Theil, sondern das ganze Prälegat hereditario iure haben würde, daß in diesem Falle, weil seine Berechtigung zu dem ganzen Prälegate und seine Verpflichtung zur Leistung des ganzen Prälegates zusammenfallen, von keinem Prälegate die Rede sein kann, haben wir schon im fünften Capitel zu Note 105 ff. erörtert;

Dieses Nebeneinanderbestehn beider Titel des **pro herede vel pro bonorum possessore** und des **pro legato** wird auch in den Quellen häufig anerkannt. So schreibt Scävola, der Prälegatar bekomme vom Prälegate **partem unam, quam suo iure per bonorum possessionem habeat, alteram vero partem ex causa fideicommissi** [57]); deshalb sagt Papinian: **quanquam legatum pro ipsius (scil. pro parte instituti heredis) parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret** [58]); daher schreibt Ulpian von dem Interdikt **quod legatorum**, es könne nur **pro ea parte, quam iure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet** angestellt werden [59]). Auch von Gaius wird hinsichtlich der Falcidischen Quart das **hereditario iure habere** und das **legatorum nomine a coherede accipere** in dem prälegirten Objekte unterschieden [60]); und eben hierauf bezieht sich der Gegensatz im **fr. 75 § 1 De legatis II. 31** von **pars hereditatis** und von **praeceptionum portiones, quae pro parte coheredum constiterunt.**

Wegen dieser vielen deutlichen Quellenzeugnisse ist es auch seit der Glosse ganz allgemein anerkannt, daß der Prälegatar seinen prälegirten Gegenstand **iure duplici seu titulo difformi** besitze [61]). Doch fehlt es auch hier nicht an einzelnen Wi-

---

und ebensowenig kann in dem Falle, wenn der Prälegatar die Erbschaft ausschlägt und er Alles legati iure erwirbt, noch von einem Prälegate die Rede sein. *Cuiacius* Comm. in lib. 31 Dig. Iuliani ad l. 18 De legatis I. 30.

57) fr. 40 pr. De legatis III. 32.

58) fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9.

59) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3.

60) fr. 74 D. ad leg. Falcid. 35, 2. Vgl. fr. 91 D. eod. und *Chesius* de differentiis iuris cap. 7 in der Iurisprud. Rom. et Attica T. II p. 633.

61) z. B. *Vivianus* in der Glosse zu fr. 91 D. ad leg. Fal-

derſprechenden [62]). Höchſt auffallend iſt es, wie Roßhirt [63]) ſchreiben kann: „oft hat man angenommen, der Theil, welchen der Prälegatar ſich ſelbſt zahlen müſſe, ſey Erbtheil; allein dieſes iſt durchaus falſch und kann nur in concreto einmal ſo erſcheinen;" und wenn wiederum derſelbe Schriftſteller [64]) folgenden Fall — ein Erblaſſer hinterläßt 12,000 und drei Erben, A. auf die Hälfte, B. auf ein Viertel und C. auf ein Viertel eingeſetzt, und allen Dreien prälegirt er 6000 — alſo entſcheidet: „von Demjenigen, was hier in der Erbſchaft bleibt, kann hier nicht die Rede ſein, ſondern man muß annehmen, daß es hier Dasjenige iſt, was jeder der Collegatare iure accrescendi erwirbt; alſo A. hat 3000 auszuzahlen, 1000 an B., 1000 an C., 1000 an ſich; dieſe letzten 1000 fallen iure accrescendi zu gleichen Theilen an B. und C.; B. hat 1500 auszuzahlen, 500 an A., 500 an C. und 500 an ſich; dieſe letzten 500 fallen iure accrescendi zu gleichen Theilen an A. und C.; endlich hat auch C. 1500 auszuzahlen, 500 an A., 500 an B., 500 an ſich ſelbſt; dieſe letzten 500 fallen aber iure accrescendi zu gleichen Theilen an A. und an B. Hiernach würde der A. nur 500 in ſein Erbrecht einrechnen können, dagegen B. und C. Jeder 750, A. würde alſo ein Erbrecht von 3500 haben und 1000 Legat, B. aber würde 2250 Erbrecht und 1500 Legat haben, ebenſo wie

cid. v. in quartam; *Maranus* Tractatus primus und Tractatus alter ad l. 91 D. ad leg. Falcid. (Opp. ed. *Trotz* p. 575, p. 587); Nettelbladt Prälegate S. 31, S. 39; Dalwigk Verſuch einer Darſtellung des Erbrechts Th. 2 S. 124 § 83.

62) Ganz leugnet den hereditarius titulus H. R. Clauſſen, deſſen Anſicht bereits im vierten und fünften Capitel geſchildert und durch die eben angeführten Citate widerlegt iſt.

63) Gemeines Civilrecht Bd. 3 § 694 Note 2.

64) in ſeiner Zeitſchrift für Civil- und Criminalrecht Bd. 6 S. 225, 226.

C." Während also die erste Schrift den Erwerb des Prälegatars **hereditario iure** aus dem eigenen Erbtheil (unrichtig) leugnet, läßt die zweite Schrift den Erwerb des Prälegatars **hereditario iure**, aber auffallenderweise aus der Miterben Erbtheil zu, gleichsam als wenn ein Erbschaftsstück bei dem Uebergange auf einen Miterben in dessen Eigenschaft als Singularsuccessor seine ursprüngliche Natur beibehalten könnte!

Diese Verschiedenheit des Titels zeigt sich in vielen praktischen Folgen wichtig [65]). Wir haben bereits gesehn, daß dem **Interdictum quod** legatorum nur der Theil haftet, welchen der Prälegatar **legati** iure hat, nicht der, welchen er **quasi heres** hat [66]); ebenso daß, wenn dem Prälegatar die Restitution seiner Erbportion auferlegt ist, darunter nur der Theil des Prälegates begriffen wird, welchen er **hereditario iure** hat, nicht auch der, welcher ihm als wahres Legat von den Erbtheilen seiner Miterben gebührt [67]). Eben daraus erklärt sich **fr. 1 § 17 De** adquirenda vel amittenda **possessione** [68]). Hier ist ein Sklave prälegirt und der Prälegatar kann, ungeachtet er die Erbschaft antritt, durch diesen Sklaven den Besitz einer Erbschaftssache für sich allein erwerben, gerade so wie durch einen Sklaven, an welchem der Prälegatar mit dem Erblasser gemeinsames Eigenthum gehabt hätte, weil hier die Regel: **non posse nos per servum hereditarium ad-**

---

65) Zu weit geht hierin Pfeiffer Diss. § 26. S. das vierzehnte Capitel zu Note 35 ff.

66) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3. S. oben Note 42.

67) fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Die Worte im achtzehnten Capitel Note 58.

68) § 17: Si ex parte heredi instituto servus legatus sit, propter partem, quam ex causa legati habet, adquiret fundi hereditarii possessionem. § 18. Idem dicendum est, si servum communem iussero adire hereditatem; quia propter partem meam adquiro.

quirere quod sit eiusdem hereditatis [69]) keine volle Anwendung litt, indem der prälegirte Sklav nur theilweise ein hereditarius, theilweise ein legati iure besessener war [70]). Stirbt der mit dem Prälegate honorirte Erbe nach dem Tode des Erblassers, bevor er sich über die Annahme der Erbschaft und des Vermächtnisses erklärt hat, so fällt der Erbtheil des Prälegates an seine Miterben oder Vulgarsubstituten, und nur die simpeln Legatstheile gebühren seinen gesetzlichen oder testamentarischen Erben [71]). In Beziehung auf den Theil des Prälegates, welchen er hereditario iure haben würde, tritt in einzelnen Fällen, wenn er Collegatarien hat, ein eigenthümliches Anwachsungsrecht ein [72]). Ferner muß der Erbe den Theil vom Prälegate, welchen er hereditario iure hat, sowohl in die Falcidische [73]) als in die Trebellianische Quart [74])

69) fr. 18 De adquir. rer. dom. 41, 1.

70) *Zasius* in Digestum novum ad fr. 1 § veteres De adq. vel amitt. poss. will hier unterschieden wissen, ob der Befehl dem prälegirten Sklaven aus dem Legatstitel oder aus dem erbschaftlichen Titel zugekommen sey; nur in dem ersten Falle solle die Entscheidung des Paulus gelten, im zweiten meint er: tunc nihil agitur. Aber richtiger sagt wohl *Duarenus* in tit. Dig. de adq. vel amit. poss. ad l. 1 § 16 von dieser Aeußerung des Paulus: deflectit a subtilitate ad aequitatem, so daß es stets präsumirt wird, der Erbe habe aus dem Legatstitel befohlen.

71) fr. 75 § 1 De legatis II. 31; die Worte im zwölften Capitel Note 80. Denn der dies cedens tritt nur für die von den Miterben zu leistenden Theile am Prälegate mit dem Tode des Erblassers ein fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2. S. das zwölfte Capitel Note 7 und 8.

72) fr. 34 § 11 § 12, fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Lang Lehrbuch des Römischen Rechts § 397 (zweite Ausgabe). S. unten das sechszehnte Capitel hinter Note 72[a]).

73) fr. 74 D. ad leg. Falcid. 35, 2: quod dicitur, solida praestanda esse legata ita accipere debemus, si hereditario iure habeat; itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur.

74) c. 24 C. familiae herciscundae 3, 36: hereditaria parte

Digitized by Google

einrechnen, während er den simpeln Legatstheil supra quartam hat[75]). Endlich ist diese Unterscheidung der beiden Erwerbstitel wichtig wegen der Erbschaftsforderungen und Schulden. Dieß ist hier genauer zu betrachten.

Die Erweiterung der Erbportion durch Prälegate gibt durchaus kein Recht, eine größere Quote der zur Erbschaft gehörigen Forderungen einzuziehn, als worauf die Erbportion ausdrücklich oder indirekt lautet[76]). Ist aber von dem Testator einem Erben eine Forderung als Prälegat zuertheilt, so wird dem Schuldner, wenn er Jenem gezahlt hat, gegen die Klagen der Miterben des Prälegatars eine doli exceptio entgegenstehn, auch ohne daß Jene eine — von ihnen erzwingbare — Cession ihrer Theilklagen an den Prälegatar vollführt haben[77]). In der c. 1 C. si certum petatur[78]) ist aus-

---

praedii in quartae ratione retenta et quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens. fr. 86, fr. 91 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

75) Lang a. a. O.; Burchardi System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 372 S. 1215. S. die vorige Note.

76) Clauffen in seiner Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 173: in Betreff der Forderungen wird die Sache mit Stillschweigen übergangen; indeß mußte die Consequenz eine Gleichheit des Antheils an den Vortheilen wie an den Lasten der Erbschaft erheischen.

77) Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, doli mali exceptione adversus alios agentes tueri te potes. c. 1 C. de exception. 8, 36.

78) Neque aequam, neque usitatam rem desideras, ut aes alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsolvatis tu et frater coheres tuus, sed pro aestimatione rerum praelegatarum (in den Basiliken 23, 1, 45 wird dieß wiedergegeben mit pro ratione rerum vobis divisarum), quum sit explorati iuris, hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. Quod nec ipse ignorare videris, quum credito-

drücklich hervorgehoben, daß jeder Erbe nur nach der Höhe seiner Erbquote für Erbschaftsschulden und Vermächtnisse [79]) hafte [80]), nicht nach der Größe der Vortheile, welche ihm seine Prälegate gewähren [81]). Allerdings wird durch die Berechtigung zu einem Vorvermächtnisse, sowie durch dessen Erwerb die Haftungsverbindlichkeit hinsichtlich der Quote [82]) gar

---

ribus secundum formam iuris pro portione tua caveris. *Cuiacius* ad tit. De hered. inst. ad l. 35: heredes aes alienum defuncti agnoscunt pro ratione iuris hereditarii, non pro ratione praeceptionum; *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 tit. 9 defin. 3, der sich nicht ohne Grund für diese Ansicht auch auf fr. ult. De usufr. leg. 33, 2 beruft; *v. d. Pfordten* Diss. p. 59; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 282; Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 606 Nr. 5, S. 611 zu 5.

79) *Nieto* cap. II § 19.

80) Als Argumente für diese gesetzliche Vorschrift können noch fr. 35 § 2 De hered. inst. 28, 5 und fr. 69 § 2 De legatis I. 30 angeführt werden. *C. H. Horn* Responsa ac Sententiae Classis VII resp. 28 p. 405; *Kind* quaestiones forenses Tom. II cap. 61. Claussen in seiner Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 175, 176 behauptet zwar, es sey herrschende Ansicht, daß, wenn der eine Erbe das Gut vice praeceptionis habe, welches drei Viertel der Erbschaft beträgt, und der andere Erbe das Gut, welches ein Viertel der Erbschaft beträgt, Jener drei Viertel, Dieser ein Viertel der Schulden zu bezahlen habe; aber es ist wohl niemals diese Ansicht von einem Juristen aufgestellt, viel weniger je herrschend geworden.

81) Das Verlangen, für die Schulden nach dem Betrage der Prälegate zu haften, wäre der ausdrücklichen Bestimmung der zwölf Tafeln (c. 26 C. de pactis 2, 3) entgegen. *Cuiacius* Comm. in Cod. tit. si certum petatur ad l. 1. Man vgl. noch das Scholion des Thaleläus zu dieser letzten Stelle, d. h. in den Basiliken lib. 23 tit. 1 l. 45.

82) Eine Ausnahme würde nur eintreten, wenn das Prälegat in einer Erbschaftsquote bestehn könnte; aber es wäre ja dann ein gewöhnliches Universalfideikommiß, kein Legat. S. das achte Capitel zu Note 51 ff.

nicht verändert [83]). Denn in Beziehung auf die Quote ist es gleichgiltig, ob der Prälegatar das Vorvermächtniß annimmt oder ausschlägt; aber quantitativ kann ein Unterschied in der Leistung entstehn. Bei wirklichen Schulden des Erblassers kann sich dieß nicht zeigen. Denn übersteigen diese oder absorbiren sie gerade auch nur die Aktiva, so muß der Prälegatar nicht bloß dulden, daß sein Prälegat zur Bezahlung der Erbschaftsschulden verwendet wird [84]) — da bei der Concurrenz der Schulden des Erblassers und der von ihm ausgesetzten Legate jeder Art jene gleichsam als privilegirt den Vorrang haben [85]) — sondern er kann sogar auch über die erbschaftlichen Kräfte hinaus zur Strafe wegen nicht errichteten Inventars belastet werden, freilich nicht in seiner Eigenschaft als Legatar, sondern in der als Erbe [86]). Aber bei der Ueberlastung mit Legaten zeigt sich ein Unterschied in der quantitativen Leistung, jenachdem der Erbe mit dem Prälegat belastet oder honorirt ist. Nehmen wir an, die Erbschaft betrage 400; A. und B. sind die Erben auf gleiche Theile; dem A. sind 100 prälegirt und die Erbschaft ist außerdem mit 400 als

---

83) Claussen a. a. O. S. 173, 174.

84) fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5. Scio quaesitum, aeri alieni onus pro qua parte adgnosci debeat? Et refert Papinianus cuius sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos adgnoscere aes alienum debere hoc est pro semisse; fundos etenim vice praeceptionis accipiendos. Quari si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus institutiones istas ex re factas nullius esse momenti.

85) c. 22 § 13 C. de iure deliberandi 6, 30; Fritz im Archiv für civilist. Praxis Bd. 12 S. 227 ff.; W. Sell Versuche Bd. 1 S. 108 f.

86) *Bartolus* ad l. Pamphilus (39) § fin. De legatis III: legatarius potest gravari etiam ultra vires hereditarias, quia tenetur sicut heres.

Vermächtnisse an Fremde zu zahlen belastet. Hier kann, abgesehn von der **lex Falcidia**, der Prälegatar nicht sagen: ich habe nur 150 **iure heredis**, also nur 150 zu zahlen nöthig; sondern er muß die eine Hälfte des Prälegates auch als zum Erbtheil gehöriges Geld sich einrechnen und 200 an die Legatarien zahlen. Anders steht es mit dem B. Auch er hat 200 **iure heredis**, aber die Legatarien bekommen von ihm nicht 200, sondern müssen, da seine Erbportion noch mit 50 an A. belastet ist, mit 160 zufrieden sein. Es ist also das Quantum, welches sie von diesem Erben erhalten, verkürzt [87]). Eine richtige Consequenz scheint es mit sich zu bringen, daß für den Fall, wenn man noch nicht weiß, ob wirklich das ganze Vermögen durch die Schulden und die Legate absorbirt werden wird, man erst den Erbtheil des Prälegates und dann erst die **legati iure** zu hoffenden Portionen desselben schwinden läßt [88]). Bei ungleicher Belastung der einzelnen Erben mit Legaten kann es daher kommen, daß der eigentliche Prälegatar den auf seiner Erbportion lastenden — als Legat ungiltigen — Theil am Prälegate fortgeben muß, jedoch von den Miterben vollständig befriedigt werden kann, so daß auch in diesem Falle der mit einem anomalen Prälegate bedachte Erbe sich besser steht, als der wahre Prälegatar [89]).

---

87) Behalten wir den obigen Fall bei, setzen wir aber die Größe der Vermächtnisse, welche Jeder der beiden Erben leisten soll, auf 250, so wird A. doch nur 200 zu leisten nöthig haben, weil er nur so viel mit Einschluß seines Erbtheils vom Prälegate hat, nicht aber 250, gesetzt auch, der andere Erbe hätte ohne allen Abzug ihm das Prälegat geleistet.

88) *Pfeiffer* Diss. § 19.

89) D. L. v. Eichmann Versuch über die Behutsamkeiten beim letzten Willen. Theil 1. Halle 1783. Cap. 25 § 41. S. das fünfte Capitel Note 190.

Von der Pfordten stellt die Behauptung auf [90]), daß derjenige Theil des Prälegates, welcher hereditario iure besessen wird, von den Descendenten conferirt werden soll. Allein die sonst allgemeine Behauptung, daß Prälegate gar nicht conferirt werden dürfen [91]), folgt klar daraus, daß in c. 2 C. si ut omissam [92]), in c. 6 C. de collationibus [93]) und in fr. 1 § 17 D. eod. [94]) ganz entschieden nur das als der Collation unterworfen genannt wird, was der collationspflichtige Descendent zur Zeit des väterlichen Todes bereits hatte [95]); sodann aber auch daraus, daß im fr. 1 § 15 D. eod. das militare peculium von der Collation ausgeschlossen wird, aus dem Grunde, weil es ein praecipuum ist [96]) und die Prälegate

90) Diss. de praelegatis p. 59. Gründe gibt er nicht an.

91) Glossa ad c. 20 C. de collationibus 6, 20; *Marianus Socinus* Iunior Consilia Vol. IV Consil. 90 nr. 1 u. 2; *Mevius* Decisiones Tom. I Decisio 84; *Menochii* Consilia Consil. 1166 nr. 5 u. 8; *I. H. Boehmer* Consult. et Decis. Resp. 851 nr. 15; *Schmalzgrueberi* Consilia Tom. I. 1740. Consil. 60 nr. 19; *Leyser* Medd. ad Pand. Spec. 413 med. 5; *Hertius* de praelegatis § 17; *Cocceii* ius controversum lib. 5 tit. 2 qu. 33; *Mueller* promtuarium iuris novum v. praelegatum § 8. Lips. 1795. Vol. V p. 599; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 283, 284; v. Vangerow Leitfaden Bd. II S. 406. Ebenso auch der Code civil art. 843 und 919.

92) bona quae habuerunt mortis tempore patris debent conferre.

93) conferri consueverunt quae in bonis eorum fuerunt eo tempore, quo pater fati munus implevit.

94) conferet ea, quae moriente patre haberet.

95) Fein das Recht der Collation S. 33.

96) Nec castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur; hoc enim praecipuum esse oportere, multis constitutionibus continetur. Vgl. noch fr. 23 § 2 De fideicomm. libert. 40, 5, fr. 44 pr. De castrensi peculio 49, 17; *Nieto* cap. 1 § 7.

Digitized by Google

ja auch nach der Testatoren Absicht praecipua sein sollen [97]), also in der Ausschließung der Prälegate von der Collation gesetzliche Vorschriften und der Wille der Erblasser übereinstimmen [98]), wofür noch als indirekter Beweis fr. 39 § 1 D. familiae herciscundae [99]) dienen kann. Nur die Worte in der c. 20 C. de collationibus: omnia quae in quartam portionem ab intestato successionis computantur, omnimodo coheredibus suis conferant haben einige Juristen verleitet, anzunehmen, daß, weil die Prälegate in den Pflichttheil eingerechnet werden, sie auch der Collation unterworfen werden müssen [100]). Allein es ist stets von tüchtigen Interpreten anerkannt, daß diese Parallele von Justinian nur in Beziehung auf den Erwerb der Kinder bei Lebzeiten ihrer Eltern gemeint ist [101]).

---

97) S. das erste Capitel Note 17. Das prae aliis capere schließt ja gerade die Gemeinsamkeit mit andern Erben aus.

98) *G. A. Struvius* Syntagma iur. civ. Exerc. VII § 35.

99) Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit, ita ut longe amplius filio, quam filiae relinqueret. Quaesitum est, an soror fratri dotem conferre deberet? Respondi, secundum ea quae proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.

100) Wening-Ingenheim gemeines Civilrecht Buch V § 183. d; Valett Pandekten § 1080 Note 98 (§ 1079 Note 87); Hunger Erbrecht S. 518 Note 2, S. 211, 212. Schweppe das Römische Privatrecht § 864 Note 2 ist in offenbarem Schwanken. Er behauptet, Justinian rechne Alles zu den Conferendis, was in die Berechnung des Pflichttheils kommt, weshalb die Collation der Vermächtnisse an sich keinem gründlichen Zweifel unterworfen sey; dagegen finde eine Ausnahme von der Collation bei allen Vermächtnissen Statt, bei welchen der honorirte Erbe nachweisen kann, daß der Testator dabei die bestimmte Absicht gehabt habe, sie ihm als eine vorauszunehmende Begünstigung (praecipuum) zuzuweisen.

101) ***Lauterbach*** de collatione dotis § 69; ***Hertius*** de

Hieran können wir zugleich die Betrachtung knüpfen, daß Prälegate ganz in den Pflichttheil eingerechnet werden müssen. Dieser Satz geht aus der allgemeinen Fassung der c. 36 pr. C. de inofficioso testamento [102]) hervor, wenn man auch die ganz ausdrücklich entscheidenden Worte vel in legatis mit den ältesten und den neuesten Herausgebern als ein Glossem fortläßt; er hat sich auch keineswegs durch die einhundert und funfzehnte Novelle geändert, worin zwar die Erbeseinsetzung der Notherben als nothwendig verlangt, aber für hinlänglich erklärt wird, wenn dieselbe auch nur auf den allerkleinsten Theil der Erbschaft erfolgt [103]). Diese Ansicht ist auch fast [104])

praelegatis § 17; Fein das Recht der Collation S. 237 ff. und die von ihm Note 103 citirten Juristen. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 774, 775.

102) cautum est, si pater minorem debita portione filio suo reliquisset, viri boni arbitratu repleri filio ... Si quis rem (donatam vel inter vivos vel mortis causa, vel in legatis, vel) in testamento relictam agnoverit ... debeat ex nostra constitutione pars legitima suppleri. Auf diese Beweisstelle (c. 30 bei Heimbach ist Druckfehler) verweist auch der Basilikenscholiast zu lib. 41 tit. 1 l. 15, d. h. fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam. Vgl. c. 8 pr. C. de inoff. test. 3, 28; Novella 18 cap. 1.

103) *Cuiacii* Expositio novellae 22; Fein das Recht der Collation S. 241.

104) Nur *G. A. Struvius* Syntagma iur. civ. Exerc. VII § 35 sagt: non imputantur in legitimam praelegata; weil er, verleitet durch eine falsche Analogie mit der Collation (c. 17 C. de collat. 6, 20, Fein a. a. O. S. 242, 243) von dieser auf den Pflichttheil schließt. Ihm sind jedoch *Peter Mueller* und *Lucas van de Poll* beigetreten. Vgl. *I. Mueller* Promtuarium iuris novum v. praelegatum § 6. Lips. 1795. Vol. V p. 599. *C. H. Horn* leugnet als Regel die Imputation der Prälegate in den Pflichttheil, läßt aber in dem Falle die Einrechnung zu, wenn es erhellt, daß der Vater seinen Kindern mehr als den Pflichttheil, auf welchen sie eingesetzt sind, nicht habe hinterlassen wollen. Responsa ac Sententiae. Dresdae et Lipsiae 1711. Classis VII resp. 36 u. 41 p. 429 u. 442.

Digitized by Google

allgemein für richtig anerkannt [105]). In dem Falle bedarf es natürlich keiner Einrechnung in den Pflichttheil, wo die mit einem Prälegate bedachten Kinder ausdrücklich auf den Pflichttheil eingesetzt sind [106]). Bei dem der nicht dotirten Wittwe gesetzlich zustehenden Erbrechte, welches mehrere Juristen ein Pflichttheilsrecht nennen, wird ausdrücklich gesagt [107]), daß ein ihr hinterlassenes Legat in die ihr gebührende Quote eingerechnet werden muß.

Kehren wir nun von dieser Abschweifung zu der oben angefangenen Untersuchung zurück, so müssen wir sagen, wo ein Legat theils hereditario, theils legati iure besessen wird, da ist ein eigentliches Prälegat vorhanden [108]); nicht aber darf man die umgekehrte Behauptung aufstellen und sagen, daß ohne alle Ausnahme überall, wo ein Prälegat vorhanden ist, dieß theils iure legati, theils iure heredis besessen werde [109]).

---

105) *Wesembeck* Consilia iuris nr. 35, 36, 37. *Menochius* de praesumtionibus lib. IV nr. 196 § 23 hebt noch den Fall hervor, daß der Vater den Sohn verpflichten könne, selbst seinen Pflichttheil zu restituiren, wenn er ihm so viel prälegirt hat, daß der Sohn aus dem Prälegate und dessen Zinsen wenigstens den Betrag des Pflichttheils gewinnt. *Hertius* Diss. de praelegatis § 17; *Schmalzgrueberi* Consilia Tom. I. 1740. Consil. 60 nr. 19; *Coccei* Ius controversum lib. V tit. 2 qu. 33; *Francke* Diss. de praelegatis § 8; *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 27; Nettelbladt von Prälegaten S. 55; Fein das Recht der Collation S. 235; Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 § 694.

106) *Berger* Oeconomia iuris lib. II tit. 4 thes. 16 nota 5; *Francke* a. a. O. § 8.

107) Novella 53 cap. 6; Auth. praeterea ad C. 6, 18 unde vir et uxor: imputabitur legatum in talem portionem.

108) *Donellus* Commentarii 7, 25.

109) Zu weit geht *Baldus* super primo, secundo et tertio Codicis (Lugduni 1539), welcher sagt: in omnibus praelegatis pars habetur iure legati. Dieselbe Ansicht scheinen *Cuiacius* Comm.

Freilich sind die Ausnahmen[110]) von dieser Regel selten; doch können wir eine doppelte Art derselben unterscheiden, nemlich die eine, daß der Prälegatar das prälegirte Objekt nur **hereditario iure**, die andere, daß er es nur **legati iure** besitzt.

Für die erste Art der Ausnahmen gibt es nur einen einzigen, nemlich folgenden Fall. Wenn ein Erbe auf Bitte oder Geheiß des Erblassers seine Erbschaft theilweise mit Zurückbehaltung einer Summe Geldes restituirt, so besitzt er diese Summe nur **hereditario iure**, weil sie als ausschließlich von seiner eigenen Erbportion zurückbehalten gilt[111]). Paulus Castrensis freilich behauptet, daß diese Ausnahme nur gelte, wenn das Geld nicht in der Erbschaft gefunden sey; denn wäre es gefunden, so müßte von ihm dasselbe wie bei andern Objekten gelten[112]); jedoch diese Beschränkung wird durch keine Aeußerung der Quellen gerechtfertigt. Wäre allerdings von einer bestimmten, an einem bezeichneten Orte aufbewahrten Summe des Erblassers die Rede, in welchem Falle das Geld aufhört, seine vertretbare Eigenschaft zu haben, so würden dieser

ad Codicem 6, 49, Nettelbladt Prälegate S. 39 und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 266 zu theilen.

110) Diese Ausnahmen sind von *Duarenus* ad l. 17 § 2 De legatis I. 30 zu sehr generalisirt.

111) fr. 77 pr. De legatis II. 31. Respondi, praedium hereditarium de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam (s. das zehnte Capitel Note 85); fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: pecunia omnis de portione retineri potest, praediorum autem alia portio non nisi a coherede accipitur. *Albericus de Rosciate* super secunda Infortiati parte ad l. 18 § 3 eod.; *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 77 pr.: pecuniam heres unico tantum iure accipit, nempe hereditario.

112) *Paulus de Castro* secunda super Infortiato ad leg. Falcidiam ad l. Nesennius.

Ansicht auch wir beitreten müssen. Im Gegensatze von Paulus Castrensis generalisirt Lindelof[113]) zu sehr diesen Fall. Er sagt: das Retiniren des Fiduciars findet — das zu Retinirende mag sein, was es will — universali titulo Statt. Denn unter diesem Titel war die Erbschaft angefallen; nun wird zwar das Recht auf die universitas einem Andern übertragen, aber die einzelnen retinirten Sachen bleiben in demselben Verhältnisse zurück[114]). Er setzt sogar noch hinzu: bei diesem Vorbehalte kann nicht zwischen dem, was seine Miterben ihm entrichten, und dem, was er sich selber leistet, unterschieden werden[115]), indem der Fiduciar seinen Vorbehalt ganz hereditario iure hat. Gleiches behauptet auch Zasius[116]) in dem Falle, wenn mit den Erben (als Collektivbegriff) ein Fremder zu demselben Prälegate concurrirt; hier meint er, daß die Erben die ihnen gebührende Hälfte des Prälegates[117]) nur hereditario iure besitzen, aber mit Unrecht, indem auch für sie beide Titel existiren[118]). Gleiches könnte man in folgendem Falle behaupten wollen. Gesetzt, es sind A., B. und C. die einzigen Erben, A. ist auf die Hälfte, B. und C. Jeder auf ein Viertel der Erbschaft berufen, und alle drei Erben concurriren auch mit einander auf dasselbe

113) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 4 S. 441. Er hat darin an *Alciat* Commentaria in tit. Dig. ad legem Falcidiam ad l. 91 Declaratio V einen Vorgänger.

114) Ebenso sagt Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 373 S. 1228 von diesem Falle: wobei es sich von selbst versteht, daß er das, was ihm verbleibt, als Erbe behält.

115) Die Unrichtigkeit dieser Behauptung geht aus Note 111 hervor.

116) Paratitla ad tit. 2 lib. VII Dig. § 9.

117) fr. 7 De usufr. accrescendo 7, 2.

118) S. das funfzehnte Capitel zu Note 56 ff.

Prälegat. In diesem Falle, da jeder der drei Erben ein Anrecht auf ein Drittel des Prälegates hat, könnte man sagen: wenn gleich B. und C. Jeder drei Zwölftel hereditario iure und ein Zwölftel legati iure erwerben, so retinirt doch A., der bereits hereditario iure nicht bloß den dritten Theil, sondern sogar die Hälfte des prälegirten Gegenstandes hat und daher zwei Zwölftel davon an seine Miterben verliert [119], sein ganzes ihm gebührendes Drittel am Prälegate hereditario iure. Allein dagegen muß Folgendes bemerkt werden. Nach dem im vorigen Capitel zu Note 28 ff. Erörterten ergibt sich, daß, ehe es faktisch zur Theilung der Erbportionen kommt, jeder der drei Erben e media hereditate ein Drittel des prälegirten Objekts für sich in Anspruch nehmen kann und vorläufig Jeder sein etwa schon reell getheiltes Drittel praelegati iure hat, bis sich herausstellt, wie groß die Erbquote eines jeden Erblegatars daran ist. Sodann verhält sich die Sache so. Der A. hat an dem ganzen prälegirten Objekte eine ideelle Hälfte als Erbe zu fordern, also eben so gut auch an jedem Theile jedes einzelnen Erben; allein auf gleiche Weise haben auch B. und C. Jeder ein ideelles Viertel heredis iure zu fordern. Daher hat der A. sein Drittel nur zur Hälfte heredis iure und zur Hälfte legatis iure, und B. sowohl als C. haben Jeder an ihrem Drittel ein Viertel hereditario iure und drei Viertel legati iure [120]).

Für die zweite Art der Ausnahmen gibt es mehr als einen Anwendungsfall. Wenn ein einziger Miterbe zugleich

119) Die Anordnung des Prälegates ist daher ein Nachtheil für den A.; aber ein noch größerer Verlust entstünde für ihn, wenn er es rekusiren sollte.

120) Daß im fr. 87 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2, welches man auch hierhin zählen möchte, nicht einmal ein Legat vorliege, ist im fünften Capitel hinter Note 208 nachgewiesen.

mit einem oder mit mehreren Nichterben zu demselben Prälegate berufen ist, so hat der Erbe in diesem Falle **iure hereditario** keinen Theil des Prälegates im Besitz. Dieß beweist **fr. 116 § 1 De legatis I** [121]). Hier ist ein Häifterbe sammt zweien Fremden zu demselben Legate gerufen, und Florentinus entscheidet, von seinem eignen Erbtheile dürfe der Erblegatar Nichts vindiciren, sondern nur von dem Erbtheile seines Miterben. Auf den Erbtheil des Prälegatars concurriren allein die beiden simpeln Vermächtnißnehmer, auf den Erbtheil des andern Häifterben alle drei Collegatarien. Da also der Prälegatar Alles, was er von dem Prälegate in seinem Erbtheile hat, an die Collegatarien herausgeben muß, so kann er unmöglich Etwas von dem Prälegate **hereditario iure** besitzen, und nur hinsichtlich seines singulären Besitztitels steht er seinen nicht erbenden Collegatarien gleich [121 a]). Ein zweiter Ausnahmsfall ist der, wenn die beiden einzigen (auf ungleiche Theile eingesetzten) Erben auch einzig und allein zu demselben Prälegate berufen sind. Denn in diesem Falle gilt die Regel, daß die Größe ihrer Prälegatsportion in umgekehrtem Verhältnisse zu ihrer Erbportion steht [122]). Einen dritten Anwendungsfall behaupten G. L. Böhmer [123]) und v. d. Pford-

---

121) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 75.

121 a) Wollte der Legatarerbe sein Sechstel am Prälegate von seinem Erbtheile zurückbehalten, so würde dieß nur auf einer Vereinbarung mit seinem Miterben und mit seinen Collegatarien beruhn.

122) fr. 34 § 12 De legatis I. Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

123) Electa Tom. I Exerc. VII de legatis ex fideicommisso praestandis cap. I § 4. Zum Theil ein Vorgänger von ihm ist *Husman* Paradoxa ad legem Falcidiam Parad. XX in *Otto* Thes. T. IV p. 1750, welcher meint, der Fall des deducere unterscheide sich da-

ten [124]). Wenn der Fiduciar gegen Zurückbehaltung eines Prälegates gebeten ist, seine Erbschaft zu restituiren, so soll in diesem Falle das Prälegat, es mag bestehn in welcher Sache es will, nur unter einem singulären Titel, nach älterm Recht als Fideikommiß, nach neuerm Recht als Legat dem Fiduciar bleiben. Dieser Ansicht liegt etwas Wahres zum Grunde. Hat nemlich der Fiduciar seinen Erbtheil vollständig ohne Abzug eines Viertels restituirt, so ist die Böhmersche Ansicht richtig, aber deshalb, weil der Fiduciar ganz aufhört, Erbe zu sein, und somit sein Prälegat sich in ein simples Legat umwandelt. Wenn endlich ein Erbe nur an Miterben zur Realisirung des ihm hinterlassenen Vermächtnisses gewiesen ist [125]), wird er auch nur legati titulo das ihm zugewendete Vermächtniß besitzen. Allein daß in diesem Falle nur ein specieller Besitztitel existirt, rührt daher, weil ein anomales Prälegat vorliegt [126]).

Bei einem solchen anomalen Prälegate ist es in den Quellen nicht entschieden, wie groß die Verpflichtung der Miterben gegen den Honorirten ist, ob sie sich nach der Größe der Erbportionen richtet oder ob sie nach Virilportionen zu bestimmen ist. Das Erste geradezu anzunehmen, ist unmöglich. Denn wäre der Erblegatar selbst auf die Hälfte, die belasteten Miterben auf zwei Sechstel und auf ein Sechstel eingesetzt, so ge-

---

durch von dem Falle des praelegare, daß das deductum lediglich legati iure erworben würde.

124) Diss. de praelegatis p. 25 f.

125) fr. 22 D. ad legem Falcidiam 35, 2. S. das siebzehnte Capitel Note 47 a).

126) Ist ein ex asse heres mit einem Fremden zu einem und demselben Vermächtnisse berufen, so bleibt dem Erben Nichts von diesem Legate, sondern Alles fällt dem Fremden zu. fr. 34 § 11 De legatis I.

nügt die Leistung von zwei Sechsteln und von einem Sechstel am Objekte des Prälegates nicht, weil dadurch ja der Prälegatar nur die Hälfte des Prälegates haben würde. Es müßte daher verhältnißmäßig die Beisteuerverbindlichkeit eines Jeden erhöht und Jener zur Leistung von zwei Dritteln, Dieser zu einem Drittel verpflichtet werden. Diese Erhöhung der Verbindlichkeit ist aber etwas so Exorbitantes, daß wir hier wohl ganz richtig handeln, wenn wir [127]) annehmen, daß in dem Falle der anomalen Prälegate die belasteten Erben gleiche Theile beitragen müssen, obschon sie auf ungleiche Theile eingesetzt sind. Dafür spricht auch entschieden **fr. 54 § 3 De legatis I** in den Worten: **si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent** [128]).

---

127) mit *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 216.

128) Vgl. fr. 124 De legatis I. 30.

Vierzehntes Capitel.

Die Evictionsverbindlichkeit.

Hinsichtlich der Berechtigung und Verpflichtung bei eingetretener Eviction prälegirter Objekte ist der Fall, da durch Prälegate sich die ganze Erbschaft vertheilt findet, von den übrigen Fällen zu unterscheiden, in welchen einem oder mehreren oder allen Erben Prälegate hinterlassen sind.

Wenn einem einzelnen Erben bestimmte Sachen prälegirt sind, gleichviel ob derselbe ein Descendent des Erblassers ist oder nicht, so findet keine Evictionsverbindlichkeit der Erben Statt [1]), im Falle daß der Testator sein Eigenthum zu prälegiren geglaubt hat, wie dieß die Anfangsworte des fr. 77 § 8 De legatis II lehren: **Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit [2])**.

---

1) *Paulus de Castro* secunda pars commentariorum super C. de legatis l. cum alienam nr. 8: Praelegatum factum coheredi de re aliena si evincatur, non potest agere contra coheredes de evictione. *Bartolus* ad l. 77 § 8 De legatis II nr. 3; *Fernand. Vasquius* de successionibus et ultimis voluntatibus lib. III § 23 limitatio 18 nr. 40; *Menochius* de praesumtion. lib. III praes. 118 nr. 15.

2) Diese Stelle, deren Schluß weiter unten, redet zwar, wie die Glosse hervorhebt, von einem erbenden Kinde. Da aber dieß nicht

Diese deutliche Entscheidung [3]) basirt sich gewiß darauf, daß, weil dem Prälegatar schon eine Erbschaftsquote hinterlassen ist, man nicht annehmen darf, der Erblasser habe mehr Rechte, als ihm selbst an den prälegirten Objekten zustanden, diesem Honorirten einräumen wollen, und daß man eine solche Belastung der Miterben nicht dem Sinne des Testators gemäß finden konnte [4]). Hat der Erblasser aber gewußt [5]), was der Erblegatar, wer er auch sey, beweisen muß [5a]), daß die prä-

einmal, als coniuncta persona (Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 130), ein Recht auf Entschädigung wegen Eviction hat, um wieviel weniger kann also dieß Recht ein fremder Erbe in Anspruch nehmen? *Vasquius* a. a. O. Nur in dem Falle muß eine Evictionsverbindlichkeit eintreten, wenn erst durch dieß vollständig erworbene Prälegat das erbende Kind seinen Pflichttheil ungeschmälert haben würde. c. 36 pr. C. de inoff. testam. 3, 36.

3) Dessenungeachtet sind mehrere Juristen anderer Meinung, indem sie bei Descendenten des Erblassers die Evictionsleistung allgemein verlangen, wie *Voetius* Comm. ad Pand. 10, 2 § 1, *Hofacker* Principia § 3053, Glück Pandekten Bd. 11 S. 109, oder doch wenigstens dann, wenn der verpflichtete Miterbe ein extraneus ist, wie z. B. *Vasquius* a. a. O.

4) *Franzke* Comm. in L libros Pandectarum ad lib. 21 tit. 2 nr. 469.

5) Die Meisten lassen stets die Evictionspflicht wegfallen, ohne zwischen Wissen und Nichtwissen des Erblassers zu unterscheiden. *Bartoli* Singularia nr. 85: Praelegato uni non debetur evictio, secussi pluribus praelegatur; *Vasquius* a. a. O.; *Fachineus* Controversiae iuris lib. 6 cap. 68 concl. 1; *Wissenbach* Exerc. ad Pand. Disp. 41 ad lib. 21 thes. I § 14; *Stryk* Specimen usus moderni Pandectarum lib. X tit. 2 § 9; Siauffen in seiner juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 180; Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1216.

5a) fr. 21 De probat. 22, 3; Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts Bd. 1 S. 293. Die Präsumtion ist nemlich dafür, daß der Erblasser die vermachte Sache für die seinige gehalten arg. § 4 I. de legatis 2, 20; fr. 67 § 8 De legatis II. 31; *Lauterbach* Colleg. theor. pract. lib. X tit. 2 § 23.

legirte Sache eine fremde war, so tritt die Evictionspflicht ein [6]), wie dieß durch ein argumentum a contrario aus jenen Worten hervorgeht, zumal da sogar in einem solchen Falle die fremde legirte Species, wenn sie nicht in der Erbschaft sich befindet, gekauft werden muß [7]). Natürlich ist der Prälegatar selbst auch verpflichtet, nach der Größe seines Erbtheils einen Beitrag zu der nöthigen Kaufsumme zu leisten.

Die Richtigkeit der eben angegebenen Gründe ergibt sich daraus, daß, wenn der Erbe seinen ganzen Erbtheil nur mit Zurückbehaltung einer bestimmten Sache restituiren soll, jedenfalls ihm von den Fideicommißerben Eviction zu leisten ist [8]), ohne daß ein Beweis von Seiten des Fiduciars darüber verlangt wird, daß der Erblasser gewußt, die prälegirte Sache gehöre ihm nicht [9]).

6) Als Argument dafür kann fr. 57 De legatis I. 30 dienen. Ist darnach eine verpfändete Sache legirt und hat der Erblasser den Pfandnexus gekannt, so muß der Erbe die Pfandsumme zahlen; hat er aber von der Verpfändung Nichts gewußt, so ist die Ablösung der Schuld Sache des Vermächtnißnehmers.

7) § 4 I. cit.; c. 10 C. de legatis 6, 37; *Cuiacius* Comm. in lib. 8 resp. Papin. ad l. 77 § 8 De legatis II. 31.

8) fr. 1 § 16 D. ad SCtum Trebell. Si heres praecepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano Senatusconsulto restituet hereditatem; nec multum facit, si fundus pignori datus sit; neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est. Sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Diese Caution wurde zwar nach Julians Vorschlag von spätern Juristen für überflüssig erklärt, aber das ausgesprochene Prinzip, aus welchem die Caution hervorgieng, ist stets anerkannt. Man vgl. fr. 72 D. eod. (die Worte im achten Capitel Note 14). — Beide Fragmente sprechen von fremden direkten Erben; um so mehr wird also dasselbe gelten müssen, wenn der Sohn des Erblassers der Fiduciar ist.

9) Denn das fr. 72 cit. spricht auch hierüber ganz allgemein, ohne zu unterscheiden.

Bei einem generell hinterlassenen Prälegate wird man wohl in allen Fällen die Evictionspflicht der Erbschaft anerkennen müssen [10]).

Wenn nicht bloß ein einziges Prälegat hinterlassen, sondern mehreren oder allen Erben prälegirt ist, so gelten dieselben eben über die einzelnen Prälegate aufgestellten Grundsätze [11]).

Sind aber allen Erben und zwar in der Weise Prälegate hinterlassen, daß das ganze Vermögen des Erblassers durch die Anordnung der Prälegate erschöpft ist [12]), so wird zwar nicht ausdrücklich von Papinian [13]) eine Klage [14]) wegen

10) arg. fr. 29 § 3 De legatis III. 32; fr. 58 De eviction. 21, 2; fr. 71 § 1 De legatis I. 30. Man vgl. fr. 18 pr. D. fam. herc. 10, 2.

11) *Menochius* de praesumtionibus lib. III praes. 118 § 20: Evictio locum non habet, quando portio alterius coheredis est in eadem evictionis causa. Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1216 meint, daß der Prälegatar, der auch zu Prälegaten an andere Miterben contribuiren soll, seinen Beitrag einbehalten darf, wenn die Andern ihm wegen geschehener Eviction keinen Ersatz leisten wollen. Er beruft sich dafür nur auf fr. 77 § 8 De legatis II. 31, dessen in diesem Capitel gegebene Erklärung Burchardi's so allgemein gefaßte Ansicht keineswegs rechtfertigt.

12) Dasselbe gilt nach *Vasquius* de successionibus lib. III § 23 limitatio 18 nr. 44, wenn der Testator, nachdem er die Erbquoten für alle Erben bestimmt hat, hinzufügt: diese Sachen, die er nunmehr einzeln specificirt, sollen die Erbquoten bilden. Ist aber zwar jedem Erben prälegirt, jedoch jeder außerdem auf bestimmte gleiche oder ungleiche Erbtheile ausdrücklich instituirt, so tritt keine Evictionsverbindlichkeit ein, weil nicht die Prälegate, wie *Vasquius* sagt, per modum dividendae hereditatis errichtet sind.

13) In dem bereits oben in seiner ersten Hälfte mitgetheilten fr. 77 § 8 De legatis II. 31.

14) Nur daraus läßt es sich entschuldigen, daß *Gaill* Obss. II, 116 § 3, *G. A. Struv* Syntagma iur. civ. Exerc. XV tit. fam.

Digitized by Google

Eviction eingeräumt, indem er nur sagt: (pater) si inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura [15]) voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari; aber der durch die Eviction verletzte Erbe darf ein Retentionsrecht [16]) an den von seiner Erbquote zu leistenden Prälegatstheilen so lange ausüben, bis er vollkommen entschädigt ist [17]). Da nun bei einer solchen Vertheilung des ganzen Vermögens der Testator die Stelle eines arbiter familiae herciscundae vertritt [18]), dieser aber dafür sorgen muß, daß Caution wegen der möglichen Eviction der adjudicirten

---

herclsc. § 12 und Andere, welche *Walch* Introductio in controv. iur. civ. Sect. III cap. VI § 11 anführt, auch hier die Evictionspflicht leugnen und sie nur in dem Falle zulassen, wenn ein erbendes Kind sonst in seinem Pflichttheil verletzt werden würde.

15) Der simple Ablativ könnte Anstoß erregen und zu dem Versuche verleiten, arbiter als bloße Apposition zu dem in dem ersten Satze genannten pater zu nehmen und etwa durch eine Art Gemination fecit ut arbiter zu lesen und das Komma hinter arbiter zu stellen, so daß dann coniectura der Nominativ wäre; aber von demselben Papinian lesen wir im fr. 78 § 1 D. eod. legatario coniectura voluntatis partem solvendam esse respondi. Auch im fr. 12 § 43 De instructo 33, 7 wird der Ausdruck Papinians: facilem iudici voluntatis coniecturam fore angeführt.

16) also eine Einrede: *Brederodius* loci communes in Bartolum. Basileae 1589. fol. v. praelegatum; *Menochius* de praesumtionibus III, 118 § 3; *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 31 ad l. 77 § 8.

17) Gemma legalis in opera Bartoli a *Luciano Bassano* Venetiis 1615: Praelegatum si evincatur alicui, succurritur ei ope exceptionis, si aliis similiter est praelegatum.

18) fr. 33 D. fam. herc. 10, 2: divisionis arbitrio fungi voluit pater; c. 21 C. eod. 3, 36: officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater declaravit voluntatem. *Schroeder* de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Ienae 1819. 4. § 20.

Digitized by Google

Objekte gestellt wird [19]), woraus dem Verletzten die ex stipulatu actio zusteht, und da im Falle dieser unterlassenen Fürsorge dem durch die Eviction verletzten Miterben dennoch eine praescriptis verbis actio auf Entschädigung deshalb zusteht [20]), so muß auch der von dem Testator in den einzelnen Objekten zugewiesene Erbtheil, durch die Evictionspflicht aller Erben gesichert, jedem Theilerben bleiben [21]), es müßte denn ausnahmsweise der Testator die ausdrückliche Erklärung abgegeben haben, daß jeder Erbe seine ihm in die Erbportion eingerechneten Sachen cum periculo et commodo haben solle, in welcher Aeußerung man allerdings eine Ausschließung der Evictionsverbindlichkeit durch den Erblasser finden kann [22]).

Einige Juristen wollen das Gesagte nur gelten lassen, wenn die Vertheilung von einem Vater (oder einer Mutter) zu Gunsten der Kinder geschehn ist [23]); wenn dasselbe ein fremder Erblasser gethan habe, so könne von einer Evictions-

---

19) fr. 25 § 21 D. fam. herc. 10, 2.

20) c. 14 C. eod.; c. 7 Communia utriusque 3, 38; *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 10 tit. 2 ad l. 25 § pen. erklärt dieß für die communis opinio. Claussen in seiner juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 180 macht darauf aufmerksam, daß diese Evictionspflicht keineswegs aus der Prälegatennatur folge.

21) So Bartolus, Gaill, Basquius, Menoch, Stryck, Lauterbach, Franzke, Wissenbach, Voorda, Bachovius, Hert, *I. E. I. Mueller* Promtuarium v. praelegatum § 15. Man kann sich hiefür auch noch auf c. 1 Communia utriusque iudicii berufen, wo ganz allgemein die divisio bonorum, ohne deren unmittelbaren Urheber anzugeben, hinsichtlich ihrer Folgen wie ein Kauf angesehn wird. Responsa Lynkeriana Vol. II Resp. 53 nr. 12.

22) *Stryck* Specimen usus moderni Pandectarum lib. 10 tit. 2 § 9.

23) *Stryck* a. a. O. Westphal von Verm. u. Fideikomm. S. 588, Glück Pandekten Bd. 11 S. 110, Schweppe das Röm. Privatrecht § 944 Nr. b, Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 284.

pflicht gar nicht die Rede sein. Ungeachtet es nun richtig ist, daß das eben erklärte fr. 77 § 2 De legatis II nur von der Theilung unter Kindern handelt, ebenso wie das zuweilen (wegen seiner Analogie von verpfändeten Sachen) hierbei angeführte fr. 33 D. familiae herciscundae [24]) gewöhnlich von einer Theilung unter Kindern verstanden wird [25]), so ist doch gar kein Grund vorhanden, eine gleiche Evictionsverbindlichkeit zwischen fremden Erben zu leugnen [26]). Denn hat sie der Testator auf gleiche Theile eingesetzt, so hat er damit seine gleiche Liebe zu ihnen zu erkennen gegeben, hat er sie aber auf ungleiche Theile eingesetzt, so ist nicht anzunehmen, daß er wiederum von dieser Vertheilung habe abweichen wollen,

24) Si paterfamilias singulis heredibus fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam coheres praestare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur. Vgl. Holzschuher Theorie u. Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 604, 605.

25) Nothwendig ist diese Annahme nicht, denn sie beruht nur auf dem Worte paterfamilias, was ja aber gewöhnlich nicht pater bedeutet, *Dirksen* Manuale h. v. § 2, und auf dem Vorkommen einer Theilung, welche ja auch unter fremden Erben geschehn konnte.

26) Im fr. 20 § 3 C. fam. herc. 10, 2 wird diese Theilung mit dem Tauschkontrakte verglichen, bei welchem unbestritten nicht bloß stets Eviction eintreten muß, sondern sogar das ganze Geschäft aufgerufen werden kann, wenn nicht Eigenthum übertragen wird. Die Worte dieses Fragments lauten so: Si pater in filios sine scriptura bona divisit, et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem, Papinianus ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, *scilicet si omnes res divisae sint.* *Brunnemann* Comm. ad Pand. lib. 10 tit. 2 l. 25 § penult. hat dieß Fragment übersehn, indem er bei einer solchen vom Vater oder von einem fremden Testator vorgenommenen Theilung ohne ausdrückliche Verabredung der Erben keine Evictionsverbindlichkeit anerkennen will.

was doch der Fall wäre, wenn man keine Evictionspflicht anerkennte, indem durch die geschehene Eviction eines Objekts die Quote des einen Erben bedeutend verringert werden könnte [27]). Daher bleiben wir bei der ziemlich allgemein verbreiteten Meinung [28]), wornach wir zwischen einem theilenden Vater und einem theilenden fremden Testator nicht unterscheiden, glauben aber nicht, daß die gleichmäßige Vertheilung des Nachlasses unter die Erben den Grund der Eviktionsverbindlichkeit bilde [29]), indem die väterliche Vertheilung oft den Kindern sehr ungleiche Raten gibt [30]), sondern halten folgendes Räsonnement für entscheidend. Für die Eviction des Erbtheils muß allerdings überall von den Erben eingestanden werden [31]), nicht aber in der Regel für die Eviction des Legates [32]); nun ist in dem vorliegenden Falle der Vertheilung

27) Die entgegengesetzte Meinung Glück's Pandekten Bd. 11 S. 110 ist mit so vielen Ausnahmen durchflochten, daß diese fast zur Regel werden.

28) z. B. *Lauterbach* Colleg. theor. pract. 10, 2, 23; *Wissenbach* Exerc. ad Pand. Disp. 41 thes. 14; *Westenberg* principia sec. ord. Dig. 21, 2 § 12; Holzschuher a. a. O.

29) Was Einige wegen c. 17 C. de collat. 6, 20 meinen. *Walch* Introductio in controversias iur. civ. Sect. III cap. 6 § 11.

30) fr. 39 § 1 D. fam. herc. 10, 2: patrimonium inter liberos divisit, ita ut longe amplius filio quam filiae relinqueret. Der Vater ist an eine Gleichheit bei der Theilung so wenig gebunden, daß die Theilung stets aufrecht erhalten werden muß, sobald nur nicht der Pflichttheil eines Kindes verletzt ist c. 8 C. de inoff. test. 3, 28; c. 10 C. fam. herc. 3, 36; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 42 S. 236, 237, 243; *Schroeder* de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Ienae 1819. 4. § 19.

31) fr. 66 § 3 De evict. 21, 2; c. 14 C. fam. herc. 3, 36; c. 7 Communia utriusque 3, 38; *Sichard* Comm. ad Cod. tit. fam. herc. l. 14.

32) fr. 40 De evict. 21, 2.

Digitized by Google

der Erbschaft in Form von Prälegaten eine solche innige Verschmelzung von Erbschaft und Legat vorhanden, daß eine Trennung beider, namentlich ein Aufgeben des Erbtheils und ein Behalten des Prälegates unmöglich ist [33]); also ist hier die allgemein für die Erbquoten geltende Regel der Evictionsverbindlichkeit zum Grunde gelegt.

Eine singuläre Meinung über die Eviction bei Prälegaten hat Pfeiffer [34]). Da, wie bemerkt, der Erbe seines Erbtheils wegen, nicht aber der Legatar seines Vermächtnisses wegen, ein Forderungsrecht auf Evictionsleistung hat, bei den prälegirten Objekten aber die **hereditaria pars** von der **legati pars** unterschieden wird, so meint Pfeiffer, es müsse für die Eviction jenes Theiles des Prälegates die Erbschaft haften, nicht aber für die Eviction dieses Theiles [35]). Diese Unterscheidung ist jedoch hier nicht anwendbar. Denn da der Erbantheil des Prälegates nur auf der eigenen Erbportion des Prälegatars haftet, so würde dieser auch nur sich selber zur Eviction verpflichtet sein [36]), eine Verpflichtung, die aber, weil Gläubiger und Schuldner zusammenfallen, eine nichtige wäre. Diese Consequenz hat Pfeiffer übersehn; auch hat er unrichtig die Anwendbarkeit des **fr. 77 § 8 De legatis II** auf Prälegate aus dem Grunde geleugnet, weil es von Fideikom-

33) fr. 90 § 1 De legatis I. 30 (ein von *Gaill* Obss. II, 116 § 2 übersehenes Fragment); Froben Erörterungen zu Thibaut § 880 Nr. 1.

34) Diss. de praelegatis § 26; Nettelbladt von Prälegaten S. 57, 58. Auch Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 284 ist dieser Ansicht beigetreten.

35) Für den Fall, daß der Prälegatar die Erbschaft nicht antritt, könnte es nach dieser Entscheidung Pfeiffer's zweifelhaft werden, ob für diese ursprüngliche hereditaria pars praelegati die Evictionsverbindlichkeit trotz der Ausschlagung der Erbschaft bestehn bleibe.

36) Claussen in seiner jurist. Zeitschrift. Kiel 1845 S. 179.

Digitized by Google

missen handelt [37]), ein Fideikommiß aber niemals die ganze Erbschaft, sondern nur die Miterben des mit ihm Honorirten verpflichten könne [38]). Das Irrthümliche dieser Ansicht ist bereits oben [39]) genügend nachgewiesen.

37) Der Fall ist dieser: ein Vater, der von seinen Kindern beerbt wird, hält sich fälschlich für den Eigenthümer von Landgütern und hinterläßt diese einem seiner Söhne als Präfideikommiß. Als nun der wahre Eigenthümer diese Güter auf gesetzlichem Wege sich erstritten hat, fragt jener Präfideikommissar an, ob er gegen seine Geschwister und Miterben wegen Evictionsleistung klagen könne. Papinian leugnet dieß durchaus, ohne zwischen den hereditario iure und legati iure erworbenen Theilen zu unterscheiden.

38) Claussen a. a. O. S. 180, 181 sagt: Möglich wäre es freilich, daß die Miterben allein mit dem Fideikommisse belastet wären und daß deshalb die Evictionspflicht verworfen wäre; allein auf dieses blos mögliche, nicht referirte Moment legt der Jurist nicht das allermindeste Gewicht; er verwirft in dem referirten Falle die Evictionsansprüche völlig und unbedingt.

39) Man vgl. das zehnte Capitel im Texte zu Note 16 ff.

Digitized by Google

Funfzehntes Capitel.

Wieviel erwirbt der Prälegatar an dem vermachten Gegenstande?

Ist nur einem Einzigen prälegirt, so bekommt derselbe stets das ganze Objekt des Prälegates, mag er die Erbschaft antreten [1]) oder sie ausschlagen [2]), oder mag sie ihm entzogen werden [3]), nur daß er das legirte Objekt im ersten Falle — weil es nur dann Prälegat bleibt — theils **hereditario** [4]), theils **legati titulo**, in den beiden andern Fällen als simples Legat ganz **legati iure** gewinnt.

Sind zwei oder mehrere Erben zu demselben Prälegate berufen, so steht es nicht dem Einen frei, das ganze legirte Objekt in Anspruch zu nehmen, während der Andere dessen Werth verlangen [5]) kann, sondern sie müssen, **coniunctim** oder

---

1) fr. 34 § 1 De legatis II: integrum praedium relictum esse videtur; fr. 40 pr., § 1 De legatis III in assem vindicare debet; fr. 86 D. ad legem Falcid. 35, 2: legata integra retinere debere. In den beiden letzten Citaten ist der Erblegatar zugleich Fiduciar.

2) fr. 18 (vgl. mit fr. 17 § 2) De legatis I totum legatum petere potest; fr. 91 § 2 D. eod. solidum ab altero herede consequi; fr. 89 D. eod.

3) fr. 18 § 2 De his quae ut indignis 34, 9: praedium integrum esse relinquendum. *Voorda* Interprelt. cap. 27.

4) „Nicht als Vermächtniß, sondern als Mehrung seines Erbtheils" Seuffert Pandekten § 605.

5) Es müßte denn ein solcher Wille des Erblassers ausdrücklich erwiesen werden c. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51.

disiunctim berufen, das Ganze sich theilen [6]), und es spricht die Vermuthung dafür, daß die allgemein bei den Vermächtnissen geltende Regel, wornach die Legatarien gleiche Theile bekommen [7]), wenn der Testator nicht ausdrücklich eine andere Theilung bestimmt hat [8]), auch bei den Prälegaten gilt [9]), da ja in diesem Stücke für Prälegate kein anderer Wille des Erblassers bewiesen werden kann [10]). Aber diesem bei den fün-

6) Gaius II, 223 (vom Präceptionslegate) singuli partes habere debent; c. un. § 11 cit.

7) fr. 19 § 2 De legatis I. 30: In legato pluribus relicto, si partes adiectae non sunt, aequae servantur; fr. 33 D. eod. Die Miterben müssen dazu nach ihren Erbtheilen beisteuern. Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 S. 694.

8) Hat also der Testator jedem einzelnen Erben nur einen bestimmten Antheil am Prälegate zugewiesen (z. B. fr. 9 § 13 De hered. inst. 28, 5 unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi. *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 30 § 7), so ist dasselbe nicht als einziges Vermächtniß zu betrachten, sondern wir haben in diesem Falle ein Aggregat mehrerer Legate. Daher kann denn auch jeder einzelne Legatar nur eben den ihm angewiesenen Theil in Anspruch nehmen. Göschen Pandektenvorlesungen § 1009.

9) *Brunnemann* Comm. in Codicem 6, 37 ad l. 7; Braun (Thibaut) Erörterungen S. 691: es scheint am Vernünftigsten zu sein, wenn man sagte, das Prälegat theilen die Erben zu gleichen Theilen. Für diese gleiche Vertheilung sprechen ganz allgemein Hartitzsch das Erbrecht § 306; Schweppe das Römische Privatrecht § 918: da das Prälegat und die Erbportion keine Analogie haben; Seyert die Lehre von den Vermächtnissen, welcher S. 248 sagt: es leidet kein Bedenken, daß, wenn mehreren Miterben ein Prälegat ohne Angabe der Portionen beschieden ist, der römischrechtliche Grundsatz zur Anwendung kommen muß, nach welchem sie sich nicht nach Verhältniß der Erbportionen, sondern nach Anzahl der Personen in das Prälegat theilen. Denn rücksichtlich der Prälegate sind die Erben nur als Legatare anzusehn und kann ihre Qualität als Erben dabei gar nicht in Betracht kommen; Burchardi System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 372 S. 1216.

10) Claussen in seiner Juristischen Zeitschrift. Kiel 1845 S.

peln Legaten unbedingt geltenden Satze der gleichen Vertheilung steht bei den Prälegaten der Satz **heredi a semetipso legari nequit** störend im Wege, und es fragt sich, wie die Römische Jurisprudenz diesen Conflikt ausgeglichen hat. Daß sich über die Vertheilung der Prälegate Differenzen unter den Römischen Juristen gebildet, hat bisher noch Niemand behauptet, zu so sehr verschiedenen Resultaten auch die neuern Juristen in ihren Ansichten über die Vertheilung der Prälegate gekommen sind. Denn während die Einen überall und ohne Ausnahme das Prinzip der gleichen Vertheilung unter den Prälegatarien vertheidigen [11]), behaupten Andere [12]) gerade umgekehrt, daß die Größe der Erbportionen die Größe der Quoten am Prälegate bestimme, nur daß beide im umgekehrten Verhältnisse zu einander stehn [13]).

Wir können beide Ansichten in dieser Schroffheit weder für ganz richtig, noch auch für ganz verfehlt erklären. Verfehlt sind sie, insofern jede dieser beiden Ansichten ausschließliche Geltung für alle Fälle in Anspruch nehmen will; richtig sind sie, insofern jede Ansicht durch Aeußerungen der Römi-

---

186: Kein vernünftiger Grund existirt, eine Verschiedenheit der Principien für Prälegate anzunehmen.

11) z. B. Claussen a. a. O.

12) z. B. Nettelbladt Prälegate S. 60.

13) Absurd ist die Behauptung von *Struvius* ad Anton. Matthaei de success. cap. 9 § 22, daß, wenn ein Testator, bei der Berufung zweier Erben zu ungleichen Theilen und bei deren Honorirung mit einem Prälegate, die gleiche Vertheilung des letztern unter beide Berechtigte nicht ausdrücklich festgestellt habe, jeder Erbe einen eben so großen Theil am Prälegate als an der Erbschaft erhalte. Wenn also Titius auf ein Viertel, Mävius auf drei Viertel instituirt und Beiden ein Grundstück prälegirt wäre, so würde Titius nur ein Viertel, Mävius drei Viertel am Prälegate haben, wofür von Struv die falsche Leseart des fr. 34 § 12 De legatis I. 30 citirt wird. S. unten Note 96.

schen Juristen unterstützt wird. Wir können nemlich nicht, wie bemerkt, mit dem einen bei den simpeln Legaten ausschließlich durchgreifenden Gesetze ausreichen [14]), indem dasselbe wie gesagt durch die Regel **heredi a semetipso legari non potest** modificirt werden muß; und es ist die Aufgabe dieses Capitels, nachzuweisen, einmal daß jenes bei den simpeln Legaten allgemein geltende Gesetz der gleichen Vertheilung auch bei den Prälegaten als durchgreifende Regel gilt, und sodann daß durch die eben genannte Parömie dieß Gesetz in folgenden zwei [15]) einfachen Fällen [16]) modificirt wird: einmal, wenn ein einzelner (oder der einzige) Erbe mit einem oder mehreren Fremden concurrirt, so fällt der auf seiner Erbportion haftende Theil ganz dem oder den Fremden zu [17]); und zweitens: wenn nur zwei Personen auf ungleiche Theile zur Erbschaft und beide auch allein zu demselben Prälegate berufen sind, so stehn ihre ungleichen Theile am Prälegate im umgekehrten Verhältnisse zu ihren Erbtheilen.

Beides, die Regel und die Ausnahmen, wollen wir nun

---

14) Bei den uneigentlichen Prälegaten fand ohne Ausnahme auch die gleiche Vertheilung Statt. *Scipio Gentilis* de iure accrescendi ed. *Rebhan.* Argentorati 1669 sagt zwar in praelegato viriles portiones illi habebunt, quibus datum est, allein die hinzugefügten Worte: quod interdum aliter se habet, si videlicet contingat aliquid heredibus praelegatum a se ipsis zeigen, daß er nur die uneigentlichen Prälegate gemeint hat.

15) Eigentlich ist es nur ein einziger Ausnahmsfall, denn in dem gleich zu nennenden ersten Falle verschwindet das Prälegat ganz und es besteht nur ein simples Legat.

16) In complicirteren Fällen würde diese, dem Willen des Erblassers widerstreitende, civilistische Regel in ihrer Anwendung zu sehr schwierigen Rechnungen geführt haben, von welchen die Römer keine Freunde waren.

17) Mayer das Recht der Anwachsung S. 119.

durch die Interpretation der hierher gehörigen Quellenzeugnisse zu beweisen suchen.

I. Mit klaren Worten sagt Gaius im fr. 67 § 1 De legatis I [18]), daß, wenn zweien unter mehreren zu verschiedenen Erbtheilen berufenen Erben [19]) eine und dieselbe Sache

18) Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis, duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent. In der Glosse zu den ersten Worten dieser Stelle findet sich deren richtige Erklärung neben einer unrichtigen, welche Vivianus in dem Casus dieses Paragraphen aufstellt. Nach dieser letztern soll der Inhalt unserer Stelle folgender sein. Von meinen vier Erben beauftrage ich zweien, den Titius und den Sejus, einem gewissen Sempronius zwanzig zu zahlen, weshalb jeder dieser Erben zehn zahlen muß; ich bestimme ferner, daß dieser Sempronius dafür jenen beiden Erben ein Grundstück gebe, welches dieselben auch zu gleichen Theilen erwerben. Diese Ansicht kann man nur eine grundfalsche nennen, indem sie eben so wider die Grammatik, als wider die Rechtsgeschichte verstößt. Gegen die Grammatik — indem nicht bloß, wollte diese Ansicht auf Geltung Anspruch machen, a (statt ex) pluribus heredibus stehn müßte, sondern auch wenn die duo die Leistenden, nicht die Empfangenden wären, das Wort habere ganz hätte fehlen oder statt dessen dare hätte gesetzt werden müssen. Gegen die Rechtsgeschichte — indem zu des Gaius Zeit, wenn ein Legatar an die Erben eine Sache zu leisten hatte, diese Leistung nicht ein Legat genannt werden konnte. Gaius II, 271: a legatario legari non potest.

19) Die Glosse zu den Worten habere debent will die Bestimmung des Textes nur dann gelten lassen, wenn die beiden Erben, die zugleich Prälegatarien sind, mit ihren nominibus propriis berufen sind. Wenn sie mit appellativa nomina berufen sind, will sie unter ihnen nach Erbtheilen das Prälegat vertheilen. Schon *Iason* Secunda super Infortiato ad h. l. weist diese Unterscheidung zurück. Denn eine solche Stelle wie diese, aus einer Schrift über das prätorische Edikt aufgenommen, muß eben so allgemein, als sie lautet, verstanden werden, so daß auch die Ausnahme zu verwerfen ist, welche nach Iason a. a. O. Nr. 6 in dem Falle gelten soll, wenn diese zwei bedachten Erben nicht mit nomina propria oder appellativa bezeichnet sind, sondern der Testator etwa so sich ausgedrückt hat: mei-

prälegirt ist, die Erben nicht nach dem Verhältnisse ihrer Erbportionen, sondern nach gleichen Theilen das Prälegat haben sollen [20]). Nach der Ansicht, welche Pfeiffer [21]) und von der Pfordten [22]) über diese Stelle haben, soll sie freilich nicht sagen, einen wie großen Theil die Prälegatarien wirklich erhalten, sondern sie soll nur andeuten, ein wie großer Theil ihnen nach dem Tenor des letzten Willens deferirt sey, indem diese Juristen der Meinung sind, zuerst werde den Prälegatarien ein Theil deferirt, später könne ihnen noch ein zweiter Theil anwachsen, und hier sey nur auf diese erste Delation hingedeutet [23]), wobei also Gaius nicht an den Einfluß gedacht habe, welchen der wirkliche Antritt der Erbschaft auf das Schicksal des Prälegates äußere. Zu diesem Zwecke urgirt Pfeiffer das Wort **institutis (heredibus)**, welches den Gegensatz von **factis heredibus**, also die Erben bezeichnen soll, welche noch nicht angetreten haben. Jedoch ist nicht einzusehn, wie anders Gaius den ihm vorliegenden Rechtsfall hätte darstellen sollen, als daß ein Testator die Erben auf ungleiche Theile berufen habe, indem daraus ganz von selbst folgt, daß die Erben (entweder gar nicht [24]) oder) gerade auf diese Theile

---

nen Brüdern prälegire ich; in welchem Falle sie nicht auf Kopftheile, sondern auf Erbtheile Anspruch machen könnten.

20) *Areranius* Interprett. III, 16, 7; *Hofacker* Principia iuris § 1480.

21) Diss. § 11; Nettelbladt von Prälegaten S. 60, 61.

22) Diss. p. 75, 76.

23) So auch Puchta Lehrbuch der Pandekten. Zweite Ausgabe § 526 Note b.

24) Zu verwundern wäre es bei so gewagter Erklärung nicht, wenn ein Anhänger der Pfeifferschen Meinung dieß fr. 67 § 1 dadurch in Einklang mit derselben zu bringen versuchte, daß er am Schlusse etwa die Worte: **si uterque hereditatem repudiat** oder ähnliche supplirte. Vgl. *Pfeiffer* Diss. § 11 nota m.

die Erbschaft angetreten haben. Die Worte unserer Stelle **pro virili id legatum** *habere* **debent** müssen jeden Unbefangenen wohl zu deutlich von dem bleibenden Erwerbe dieses Legates überzeugen [25]), als daß ein Solcher der Pfeiffer-Pfordtenschen Ansicht beipflichten könnte, gegen welche auch der Grund sich anführen läßt, daß in demjenigen Falle, wo nach Pfordten's eigener Meinung das Anwachsungsrecht eintritt (im **fr. 116 § 1 De legatis I. 30**), dieß durchaus nicht als ein von der Delation in der Zeit verschiedenes und derselben nachfolgendes Ereigniß dargestellt wird. Auch Vangerow, der den Gedanken Pfordten's über diese Stelle im Ganzen billigt, glaubt doch, daß das Wort **habere** nicht zu dieser Interpretation passe, und er will ihr daher folgende Erklärung substituiren. Er supponirt einen Fall, in welchem der Testator einen speciell Onerirten benannt haben soll, welchen Fall alsdann Gaius vollkommen sachgemäß dahin entscheide, daß der Onerirte die prälegirte Sache nicht etwa nach Maßgabe der Erbportionen der beiden Prälegatarien, sondern nach Kopftheilen an derselben zu prästiren habe. Gegen diese Ansicht läßt sich aber ein doppelter Einwand erheben. Einmal begeht hier Vangerow denselben Interpretationsfehler, vor welchem wir schon oben [26]) gewarnt haben. Da es nemlich bei hinterlassenen Vermächtnissen Regel ist, daß die ganze Erbschaft als belastet gilt und nur in seltenen Ausnahmen ein einzelner Erbe als belastet erscheint, so muß, wo nicht die Worte eine Ausnahme beurkunden, der regelmäßige Fall angenommen werden, daß alle Erben belastet sind; und diesen Fall entscheidet Gaius vollkommen richtig und sachgemäß dahin, daß die beiden Prälegatarien nicht nach Maßgabe ihrer

---

25) z. B. Claussen in seiner Jurist. Zeitschrift S. 188, 189.

26) Man sehe das fünfte Capitel im Texte zu Note 201 ff.

Erbportionen, sondern nach Kopftheilen die Prälegate empfangen. Nähmen wir aber auch noch an, es sey in dem vorgetragenen Falle eine Ausnahme von der Belastung der ganzen Erbschaft begründet gewesen, so träfe den Referenten desselben, Gaius, der Vorwurf, daß er den Fall nicht vollständig vorgetragen, also in seiner Relation wesentliche Merkmale weggelassen; ein Vorwurf, welchen man den alten Römischen Juristen nicht machen kann, indem sie darin unübertroffene Muster sind [27]).

II. Im fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebellianum [28]) erzählt Scävola folgenden Rechtsfall. Ein Testator hat mehrere Erben eingesetzt, darunter seine drei Freigelassenen auf drei Viertel der Erbschaft [29]). Eben diesen Dreien vermacht er Grundstücke und legt einem unter ihnen, dem Otalicius, fol-

---

27) Dieß spricht sogar **Claussen** a. a. O. S. 188 aus.

28) Pluribus heredibus institutis, in quibus et libertis tribus ex dodrante, iisdem fundos per praeceptionem dedit, et ab his petiit, ne eos alienarent, et ut, qui vita superasset, solidos eosdem fundos obtineret; deinde unius ex his libertis, Otacilii, fidei commisit, uti, quidquid ad eum ex hereditate bonisve pervenisset, deducto pro ea parte aere alieno, et legatia, et sibi viginti aureis, restituat Titio; quaesitum est, an etiam partes tertias fundorum praelegatorum cum conlibertis eidem deducere deberet. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non debere restituere praeceptionem, quum ipse testator et legata excipi voluisset. *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 7 Opera Tom. II p. 337 scheint noluisset gelesen zu haben, worauf er seinen Vorschlag gründet, eine Zeile vorher statt restituere zu lesen deducere, wogegen schon *Schulting* Notae ad Digesta ad h. l. sich mit Recht erklärt.

29) *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 348 spricht unrichtig von einem trientarius heres in diesem Falle. Denn da Otalicius mit seinen beiden Mitfreigelassenen zusammen auf einen dodrans berufen war, so hatte Jeder nur einen quadrans an der Erbschaft, während an dem Prälegate allerdings Jeder einen triens in Anspruch nehmen konnte.

Digitized by Google

gendes Fideikommiß auf: er möge mit Ausnahme der Legate Alles, was aus dem Vermögen des Erblassers nach Berichtigung der Schulden an ihn gekommen sey, dem Titius restituiren. Nun entsteht die Frage, ob der Otalicius auch **partes tertias fundorum praelegatorum** restituiren soll; und die hier nicht weiter interessirende Antwort ist: **non debere restituere praeceptionem.** Das, worauf es hier ankommt, ist, daß in dieser Stelle als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wird, der Otalicius habe eine Virilportion, den dritten Theil an dem Eigenthume jedes den drei Freigelassenen prälegirten Grundstückes. Möglicherweise war ein Jeder der drei Freigelassenen auf eine gleiche Erbschaftsquote berufen; da aber der Jurist hierüber Nichts bemerkt, so scheint dieß für die Berechnung ihrer Quote am Prälegate gleichgiltig gewesen zu sein. Wegen ihres Erbrechts standen ihnen bereits drei Viertel an den prälegirten Grundstücken nach Erbrecht zu; das noch am Ganzen fehlende Viertel erwarben sie **legati iure.**

III. Einen sehr ähnlichen, nur durch die eigenthümliche Anordnung des Erblassers modificirten Fall, in welchem einige Erben mit einem Prälegate bedacht sind, lesen wir im **fr. 2 pr. De instructo vel instrumento legato** [30]). Hier führt Papinian seinen Lesern folgende testamentarische Disposition vor. Ein Vater [31]) hat seine vielen Kinder zu Erben instituirt; zweien davon hat er **praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias** hinterlassen, d. h. diese beiden Kinder sollen außer den Antheilen, welche ihnen bereits als Erben des Vaters an den in seinem Vermögen befindlichen,

---

30) Cum pater, pluribus filiis heredibus scriptis, duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.

31) Das väterliche Verhältniß ist aber in diesem Falle vollkommen gleichgiltig.

von der väterlichen Großmutter herstammenden Gütern zustanden[32]), überdieß[33]) noch die übrigen ohne dieß Prälegat den andern erbenden Kindern zufallenden ursprünglichen Güter der Großmutter haben. Wegen dieser so gestellten Disposition antwortet Papinian: **pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit**, d. h. die Prälegatarien sollen Kopftheile, also Jeder gleichviel[34]) von den Miterben bekommen. Daß also zu gleichen Theilen das Prälegat unter die miterbenden Legatarien getheilt werden müsse, wird auch hier von Papinian als ein unbestrittener Rechtssatz (**placuit**) vorausgesetzt; nur wegen der ausdrücklich vom Testator erklärten Willensmeinung: **praeter partes hereditarias** glaubte der Jurist von der sonst streng durchzuführenden Gleichheit der Vertheilung der Prälegate in diesem Falle etwas abweichen zu müssen[35]). Höchst wahrscheinlich war jeder der beiden Prälegatarien auf

32) *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 7.

33) *Praeter* latini dicunt de rebus, ad quas aliae accedunt, quod Germani überdieß, außerdem loquuntur. *Handii* Tursellinus Vol. IV p. 542.

34) Viriles partes sind nach der allgemein angenommenen Meinung und nach *Dirksen* Manuale iuris v. virilis § 2 A: secundum numerum personarum aequaliter constitutae. Nur Westphal von den einzelnen Vermächtnißarten § 501 sagt sehr verkehrt: viriles heißen hier nicht gleiche Theile, sondern Theile, die ein Jeder insbesondere bekommt.

35) Die Glosse erklärt diese Abweichung unzureichend aus zweien Gründen, zwischen denen sie die Wahl läßt, entweder weil die Eigennamen der mit dem Prälegate belasteten Erben ausgedrückt wären (wofür sich noch Bartolus erklärt), oder weil die Legatarerben einzeln beauftragt gewesen wären, den simpeln Miterben Geld für dieß Legat zu zahlen. Aber weder das Eine noch das Andere wird auch nur auf das Entfernteste von Papinian angedeutet (*Cuiacius* Comm. in lib. VII respons. Papin. ad fr. 2 pr. De instructo). Daher möchte wohl unsere Erklärung, welche sich bei Voorda (Interprett. cap. 28) findet, die einzig richtige sein.

einen ungleichen Erbtheil eingesetzt[36]**, welchen er auch an dem Prälegate behalten sollte, indem sonst bei der Annahme** einer gleichen Erbquote der beiden Prälegatare die Worte **praeter partes hereditarias** ganz bedeutungslos ebenso vom Testator gesetzt, als von Papinian wiederholt wären, welches Letztere am wenigsten angenommen werden kann. Von der Pfordten[37]) und Vangerow[38]) meinen, den ausdrücklichen Worten des Erblassers nach müsse die Vertheilung auf eine von unserer Ansicht verschiedene Weise geschehn. Pfordten legt den Fall zum Grunde, daß Gaius auf ein Zwölftel, Titius auf drei und Mävius auf acht Zwölftel instituirt, Gaius und Titius mit demselben Prälegate bedacht sind, und vertheilt also: Mävius müsse an jeden der beiden Prälegatarien ein Drittel herausgeben[39]); Gaius ferner müsse sein Zwölftel am Prälegate, das er als Erbe hat, aus verschiedenen Gründen an Titius, und dieser endlich seine drei Zwölftel aus denselben Gründen an Gaius geben, so daß Gaius nunmehr sieben, Titius fünf Zwölftel haben würde, während nach unserer Meinung sie gerade im umgekehrten Verhältnisse stehn

---

36) Die ungleiche Vertheilung der Erbschaft wird im vorliegenden Falle ziemlich allgemein angenommen. *Vivianus* im Casus dieses Fragments; *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 279; Westphal a. a. O.; Sintenis im Deutschen Corpus iuris Bd. 3 S. 463 Anm. 48. Zweifelhaft über das Verhältniß der Theile ist *Pfeiffer* Diss. § 10, da seiner Ansicht deren Gleichheit mehr zusagt. Darum will auch Netteibladt Prälegate S. 63 hier entweder gleiche Erbtheile annehmen oder es gar ganz leugnen, daß hier ein eigentliches Prälegat vorliege. Jedoch meint er selbst, daß man dieser zweiten Erklärungsweise nicht geneigt sein werde.

37) Diss. de praelegatis p. 76, 77.

38) Leitfaden § 523 Anm. B. 3.

39) Mit dieser Leistung ist nach unsrer Meinung die Sache beendigt.

müßten. Diese Darstellung, die auf einem unrichtig angewendeten Anwachsungsrechte beruht [40]), streitet sehr deutlich gegen die Worte unseres Fragments. Einmal kann man hier nicht gut mit drei Erben ausreichen [41]), weil Papinian sagt, die beiden Prälegatarien sollen **pro partibus coheredum**, d. h. der Miterben der beiden Prälegatarien, gleiche Theile haben, er also eine Mehrzahl von Miterben verlangt. Sodann aber ist auch die Entscheidung des Falles nicht in Harmonie mit den Worten des Erblassers, welcher jedem Prälegatar außer oder neben seiner eigenen Erbportion gleiche Antheile zuwenden will, also durchaus dagegen, daß die beiden Prälegatarien ihre Erbportionen am Prälegate mit einander vertauschen. Freilich meint **Vangerow** [42]), unsere Ansicht über diese Stelle könne nur dann haltbar sein, wenn man die Worte **pro partibus coheredum** ganz ignorire. Dieß ist aber nicht der Fall, sondern im Gegentheile glauben wir, daß diese Worte in der Entscheidung Papinians den vom Testator gebrauchten Worten **praeter partes hereditarias** correspondiren, daß also in diesem Falle nur in Beziehung auf die Leistungen von den nicht mit Prälegaten honorirten Erben die Legatsportionen gleich sein sollen. Alle **praeceptiones** werden den Erben außer ihren Erbtheilen gegeben; daher konnten die Worte **praeter partes hereditarias** etwa im Testamente einer redseligen

40) **Vangerow** Leitfaden Bd. 2 S. 434 sagt: der Theil, welchen jeder Prälegatar an sich selbst auszuzahlen hätte, wächst ganz der Regel gemäß dem andern Prälegatar an. — Die Vorschrift, welche hier **Vangerow** anwenden will, existirt zwar, aber nur als eine exceptionelle, und eine dahin gehörige Ausnahme liegt in diesem Falle nicht vor.

41) Eine Zahl, mit der auch **Vangerow** dieß Fragment erklären will. Die Glosse hat richtig vier Söhne als Erben zu einem, zwei, drei und sechs Zwölfteln angenommen.

42) Leitfaden Bd. 2 S. 434.

Frau gebraucht [43]), diese sich von selbst verstehende Bedeutung der praeceptiones überflüssig wiederholen; aber im Testamente eines Mannes läßt sich Solches nicht annehmen, und daher mußte in diesen Worten eine Bedeutung gesucht werden. Papinian hat sie unserer Meinung nach nun darin gefunden, daß Jeder der beiden Prälegatarien an alle Erbportionen, jedoch mit Ausnahme der seines Collegatars, gewiesen ist [44]), so daß Keiner von Beiden von seiner Erbportion dem Andern einen Beitrag zu leisten hat, und Jeder seinen erbschaftlichen Antheil am Prälegate unverkürzt durch den Anspruch des Andern behält [45]).

IV. Einen über die Vertheilung der Prälegate unter alle Erben handelnden Rechtsfall hebt Julian im fr. 104 § 5 De legatis I [46]) hervor. Wenn der Testator, so referirt er, mehrere Erben ernannt hat und seinen Erben ganz im Allgemeinen, ohne sie einzeln zu nennen, befohlen hat, seinen Erben

43) Ein Beispiel dieser Art findet sich in fr. 32 § 1 De usu et usufr. leg. 33, 2; s. das fünfte Capitel zu Note 220.

44) Wie wir dasselbe schon im fünften Capitel zu Note 199 bemerkten.

45) Nehmen wir vier Erben auf ein, zwei, drei und sechs Zwölftel eingesetzt und den Ersten und den Letzten als Prälegatarien an, so würde nach unserer Ansicht Jener $\frac{1}{12} + \frac{5}{24} = \frac{7}{24}$, Dieser $\frac{6}{12} + \frac{5}{24} = \frac{17}{24}$ haben. Wäre Vangerow's Meinung, nach welcher die umgekehrte Vertheilung Statt finden müßte, die richtige, so müßten wir bei den Testamentsworten praeter partes hereditarias suppliren collegatariorum, weil Vangerow dem (Prälegatar und) Unciarerben die Erbportion seines Collegatars außer der Hälfte des Betrages der Miterben, und dem Hälfterben das Zwölftel seines Collegatars außer der Hälfte des Beitrags der andern Miterben zugesteht.

46) Denique constitit, quum ita legatum fuisset: quisquis mihi heres erit damnas esto heredi meo decem dare, exaequari omnium heredum partes eo, quod unusquisque et sibi et coheredi suo dare damnatus videtur.

zehn zu geben (**quisquis mihi heres erit damnas esto, heredi meo decem dare**), so soll die Portion eines jeden Erben an diesem Prälegate eine gleiche sein. Wären alle Erben auf gleiche Erbportionen berufen [47]), so hätte die Glosse Recht, sich dahin zu äußern: **illusorium, nullum est legatum.** Denn jeder Erbe müßte in einem solchen Falle ebensoviel in die **media hereditas** hineinbringen oder in derselben lassen, als er nachher bei der gleichmäßigen Vertheilung der Prälegatssumme erhält [48]). Nehmen wir aber an — wie es nothwendig ist — die mehreren Erben sind auf ungleiche Theile instituirt [49]), so sind Alle zur Zurücklassung der gesammten Summe in der **media hereditas**, oder es ist Jeder zur Leistung einer ungleichen Summe, um die Gesammtsumme zu bilden, verpflichtet. Waren also etwa vier Erben ernannt und zwar auf ein, zwei, vier und fünf Zwölftel, so müßten, wenn diese prälegirten Zehn nicht baar im Nachlasse vorhanden wären, in dem Verhältnisse, wie eins, zwei, vier und fünf, also $^5/_6$, $1^2/_3$, $3^1/_3$ und $4^1/_6$ beigesteuert werden, jeder Erbe aber würde von dieser Summe wiederum dritthalb ganz mit Recht in Anspruch nehmen können. Fragen wir endlich, wie soll der hier vorkommende Ausdruck: **unusquisque et sibi et coheredi suo dari damnas videtur**, verstanden werden, so ist zu erwidern: offenbar also, daß jeder belastete Erbe

---

47) Dieß scheinen *Pothier* Pandectae ad tit. de legatis nr. 63, *Pfeiffer* Diss. § 12 und *Schulting* Notae ad Digesta ed. *Smallenburg* zu dieser Stelle anzunehmen.

48) Nicht anders gestaltet sich aber nach Roßhirt's Meinung gemeines Deutsches Civilrecht Bd. 3 § 694 b. die Sache: die am Prälegate Berechtigten theilen pro parte virili.

49) *v. d. Pfordten* Diss. p. 77: **Iulianus generaliter respondet, exaequari omnium partes nullo respectu habito, utrum ex disparibus an paribus partibus instituti sint.**

nicht bloß für seine Miterben, sondern auch für sich selbst leiste. Denn erst durch seine Leistung wird die vom Testator bestimmte Summe erreicht, die unter alle Erben gleichmäßig vertheilt werden soll. Wenn nun gleich faktisch im Wege der Compensation es sich machen kann, daß die auf vier und fünf Zwölftel Instituirten allein, Dieser $1^2/_3$ zu Gunsten des Unziarerben, Jener $^5/_6$ an den auf zwei Zwölftel eingesetzten Erben zahlt, so war doch in der That keineswegs in diesem Falle ein anomales Prälegat vorhanden [50]).

V. Ein Fall, der noch viel lehrreicher ist, weil dabei gesagt wird, daß die Erben zu ungleichen Theilen eingesetzt sind, findet sich im fr. 34 § 1 De usufructu legato [51]). Jemand

---

50) Nettelbladt Prälegate S. 63 meint, nach dem Vorgange von Pfeiffer § 12, es sey in diesem Gesetze so wenig von Collegatarien als von einem eigentlichen Prälegate die Rede, sondern es liege hier ein Legat vor, welches die Erben sich wechselsweise zu zahlen verpflichtet sind, woraus sich erklären soll, daß jeder Prälegatar gleich viel erhalte. Offenbar aber liegt hier ein Prälegat vor, da alle Erben, quisquis mihi heres esto, also auch der honorirte Legatar selbst, mit der Auszahlung des Vermächtnisses belastet sind. Von der Pfordten Diss. p. 77 und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 277 machen darauf aufmerksam, daß bei einem Damnationslegate nach altem Rechte kein Anwachsungsrecht galt. Doch ist nach unserer Ansicht im vorliegenden Falle gar kein Anlaß zur Anwendung des gewöhnlichen bei allen Arten von Legaten geltenden Anwachsungsrechts vorhanden, weil alle berufenen Prälegatarien auch erwerben.

51) Qui Semproniam ex parte decima, et Maeviam ex parte decima, alumnum ex reliquis partibus instituerat heredes, curatorem alumno dedit, quum iure facere putaret; et curatores fidei commisit, ne pateretur fundum venire, sed cum Sempronia et Maevia, nutricibus suis, frueretur reditu eius; et ima parte testamenti ita adiecit: omnem voluntatem meam fidei heredum meorum committo; quaesitum est, an tertias partes ususfructus fundi nutrices ex fideicommisso petere possint, quamvis curator ei (*Cuiacius* Obss. 3, 27 meint, es habe curatorei, der alte Dativ statt curatori, gestanden, worin ihm *Brunquell* de usu linguarum § 43 in seinen

setzt zwei Matronen, jede auf ein Zehntel seines Nachlasses, und seinen Pflegesohn auf die übrigen acht Zehntel zu Erben ein. Dem Pflegesohne ernennt er, in der Meinung, dazu berechtigt zu sein, einen Curator und bittet diesen[52]), dafür zu sorgen, daß ein Grundstück, welches zur Nachlassenschaft gehört, nicht zum Verkauf komme, sondern daß die Einkünfte desselben von ihm (worunter sein Curande verstanden werden muß) und von den beiden Matronen gezogen werden. Der Testator schließt endlich mit der Clausel: meinen ganzen letzten Willen lege ich der Gewissenhaftigkeit meiner Erben an das Herz. Wegen dieser Clausel[53]), sagt Scävola, muß jene Bestimmung über die Benutzung des Hauses als Fideikommiß aufrecht erhalten werden, so daß Jeder der drei Erben ein Drittel von dem Nießbrauche des Hauses (**tertias partes ususfructus fundi**) in Anspruch nehmen darf, trotz der bedeutenden Verschiedenheit zwischen der Erbportion des Curanden und den Erbtheilen der beiden Matronen[54]). Die Schlußworte des Fragments sagen freilich ausdrücklich nur, daß die Frauen

---

Opuscula Tom. II p. 1012 und *I. L. Conradi* de vita et scriptis Scaevolae p. 27 beistimmen) receptus (dieß Wort soll nach *Cuiacius* a. a. O. soviel als exceptus oder reservatus bezeichnen) sit, quem iure dare non poterit alumno. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, utiliter fideicommisso voluntatem suam confirmasse, id igitur cuique (*Hoffmann* Meletemata ad Pandectas ad libros 31, 32, 33 § 10 schlägt vor, statt dieses keinen passenden Sinn gebenden Wortes utique zu lesen) dedisse, ut et nutrices una cum alumno reditu fundi uterentur.

52) Darin, daß der unbefugt ernannte Curator und nicht der zum Erben ernannte Pflegesohn mit einem Fideikommisse beschwert war, lag ein Bedenken an der Giltigkeit dieses Fideikommisses.

53) Claussen in seiner Juristischen Zeitschrift S. 187.

54) *Cuiacius* Obss. 3, 27: sit Scaevola, fideicommissum valere, unaque cum alumno nutrices ad viriles partes admitti.

Digitized by Google

zugleich mit dem Pflegesohn die Einkünfte genießen sollen, ohne den Antheil eines Jeden an dem Fideikommisse anzugeben, allein die Frage lautete so: **an tertias partes usus**fructus fundi nutrices ex fideicommisso petere possint? Diese Frage wird offenbar bejaht, da der Jurist das Fideikommiß zugesteht und nicht bemerkt, daß dasselbe nach ungleichen Raten vertheilt werde; hätte der Jurist eine ungleiche Vertheilung im Sinne gehabt, so hätte er über die tertias partes in der Frage nicht stillschweigend hinweggehn dürfen [55].

VI. Für den Fall, daß der Testator neben seinen Erben noch einem oder mehreren Fremden ein Prälegat hinterlassen hat, ist fr. 7 De usufructu accrescendo anzuführen. Hier werden von Paulus zwei Fälle erörtert. Der erste ist dieser [56]. Jemand hat zwei oder mehrere Erben instituirt; allen diesen Erben und außerdem einem gewissen Attius legirt er den Niesbrauch an einer Erbschaftssache; und Paulus entscheidet, Attius solle die eine Hälfte, die Erben zusammen die andere Hälfte [57]) haben. Diese Entscheidung steht in der vollkommen-

---

55) So Claussen a. a. O. S. 187.

56) Si quis Attio et heredibus suis usumfructum legaverit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt.

57) Wenn daher *Cuiacius* Notae ad Digesta lib. 7 tit. 2 zu diesem fr. 7 sagt: omnes heredes invicem legato obstringuntur, ac si non adiecto Attio dixisset, omnibus heredibus meis fundum do lego, so ist dieß cum grano salis zu verstehn. *Duarenus* Comm. in tit. de legatis ad l. 34 § 11 meint, in dem fr. 7 De usufr. accresc. sey ein Fall vorausgesetzt, in welchem nicht auf den Erben, sondern auf einem Legatar die Belastung mit einem Vermächtniß läge. Nicht nur wird hierauf von Paulus gar nicht hingedeutet, was Duarenus selbst schon gegen seine Meinung einwendet, sondern es war diese Belastung eine juristische Unmöglichkeit, da zu des Paulus Zeit noch die Regel galt: a legatario legari non potest (Ulpiani Tituli XXIV, 20), und im Zweifel die Ausdrücke legaverit (und im Verfolge der Stelle

sten Uebereinstimmung mit der allgemeinen bei den Legaten vorkommenden Regel, wornach eine so collektivisch bezeichnete Menge von Personen die Stelle eines einzelnen Berechtigten neben andern berechtigten Subjekten vertreten soll [58]); und ebenso bringen es die allgemeinen Regeln mit sich, daß jene collektivisch bezeichneten Personen [59]) die ihnen zukommende Portion gleichmäßig nach Köpfen unter sich theilen [60]). Daß also die Erben zusammen so viel wie der Fremde, und jeder Erbe im Verhältniß zu dem Miterben gleichviel bekommen soll, ist unbestreitbar [61]).

VII. Der andere im fr. 7 cit. entschiedene Fall lautet dahin [62]). Ein Testator hat zwei oder mehrere Erben ernannt;

---

legetur) auf ein Legat und nicht auf ein Fideikommiß zu beziehn sind. Freilich wird bisweilen auch der Ausdruck legare statt fideicommittere gebraucht; da jedoch die Belastung des Legatars eine seltene Ausnahme, die Belastung der Erben die Regel bildet, so müssen wir bei unserer Annahme bleiben. Der Grund, weshalb **Duarenus** zu dieser unhaltbaren Voraussetzung griff, war der Widerspruch, in welchem sich nach seiner Meinung dieß fr. 7 mit fr. 34 § 11 De legatis I befindet, dessen Lösung unten zu Note 81 ff. versucht ist.

58) coniuncti unius personae potestate funguntur fr. 34 pr. De legatis I. 30; v. **Vangerow** Leitfaden § 523 Anm. B. 4.

59) *Pothier* Pandectae ad tit. de legatis Part. V Sect. 3 nr. 3.

60) arg. fr. 9 § 12, fr. 13 pr. De hered. inst. 28, 5; § 6 I. eod. 2, 14; fr. 19 § 2 De legatis I. 30.

61) Jeder Erbe hat als solcher an der prälegirten Erbschaftssache die nuda proprietas deducto usufructu, als Prälegatar den ususfructus causalis (zur Hälfte), und der Attius den ususfructus formalis zur Hälfte. *Zasius* Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 § 12; er weist auch die ältern in verschiedener Art abweichenden Erklärungen dieses Fragments gründlich zurück.

62) Quodsi ita scriptum sit: Attio et Seio cum heredibus meis (scilicet usumfructum lego), tres partes fient, ut unam habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Seius.

außerdem legirt er dem Attius und dem Sejus, welche nicht Erben sind, zugleich mit allen seinen Erben den Niesbrauch an einer Erbschaftssache. Hier, sagt Paulus, müssen drei gleiche Theile, der eine für Attius, der andere für Sejus und der dritte für alle Erben insgesammt gemacht werden [63]. Dieß letzte Drittel theilen die Erben unter sich zu gleichen Theilen. Hert [64]) leugnet diese gleiche Theilung für den Fall, daß allen Erben und einem Fremden legirt ist; er will, daß die Erben nach ihren Erbportionen sich theilen. Für diese Behauptung findet er den Beweis sowohl in unserm fr. 7 als in der c. 7 pr. C. de legatis. Aber unser fr. 7 enthält über die Vertheilung unter die Erben Nichts, und nach den in Note 60 angeführten Analogieen müssen wir eine gleiche Vertheilung annehmen; und in der c. 7 reskribirt der Kaiser: wenn deinen Brüdern ein Grundstück per praeceptionem und bald hernach dasselbe auch dir legirt ist, so hast du durch Concurrenz Miteigenthum an demselben erworben. Dieß Reskript als ein Beispiel für den Fall anzuführen, daß allen Erben und einem Fremden legirt ist, scheint viel mehr bedenklich als die Behauptung, daß in diesem Falle die Brüder die eine Hälfte und der Bittsteller die andere Hälfte des prälegirten Grundstückes bekommen sollen [65]).

VIII. Von großer Beweiskraft endlich für die gleiche Vertheilung eines Prälegates [66]) unter mehrere auch auf ungleiche

63) *Gabriel de Gast* Comm. in tit. de impub. substit. in *Meermann* Thes. T. VI p. 761.

64) Diss. de praelegatis § 13.

65) Wir haben deshalb bei der Frage, welche dieß Capitel beantwortet: wieviel Jeder von den mehreren Prälegatarien an einem gemeinsamen Prälegate erwerbe, dieß Reskript gar nicht angeführt. Im zwanzigsten Capitel bei der Lehre von der Translation zu Note 348 ff. soll es seine genauere Erörterung finden.

66) Man könnte zu diesem Falle auch fr. 32 § 1 De usu et

Theile berufene Erben ist das fr. 67 § 4 De legatis II[67]). In der Familie, von welcher hier die Rede ist, besteht ein Familienfideikommiß, nach welchem ein bestimmtes Grundstück nur an Familienglieder hinterlassen werden soll. Nun hat ein Eigenthümer desselben zwar zwei Familienglieder zu ungleichen Theilen (non aequis portionibus) zu alleinigen Erben eingesetzt, aber ein Viertel jenes Grundstücks einem Fremden legirt. Dieß Viertel können nach der Erklärung Papinians alle Familienglieder, sowohl die nicht zur Erbschaft berufenen, als auch die beiden Erben in Anspruch nehmen, und zwar haben Alle Virilportionen an diesem Viertel[68]), so daß, wenn die beiden Erben von den übrigen Familiengliedern auf Herausgabe dieses Viertels belangt werden, sie berechtigt sind, sich davon ihre Virilportion zu retiniren[69]).

Wir haben also die Regel, daß mehrere zu demselben Prälegate berufene Personen dasselbe zu gleichen Theilen erhalten, wenn sie auch auf verschiedene Erbtheile eingesetzt sind,

---

usufr. leg. 33, 2 zählen wollen, allein daß diesem Fragmente kein Prälegat zum Grunde liegt, ist im fünften Capitel zu Note 220 ff. nachgewiesen.

67) Si duos de familia non aequis portionibus heredes scripserit, et partem, forte quartam, extero eiusdem fundi legaverat, pro his quidem portionibus, quas iure hereditario retinent, fideicommissum non petetur, non magis, quam si alteri fundum praelegasset; pro altera vero parte, quae in exterum collata est, virilem, qui sunt de familia, petent, admissa propter heredes virilium portionum pensatione. Diese Compensation bezeichnet nur, daß die Erben als Schuldner der übrigen Familienglieder hinsichtlich dieses Viertels in Bezug auf dasselbe auch Gläubiger sind, und daher ihre Forderung um zwei Bruchtheile verkleinern, wie im § 3 desselben Fragments mit den Worten gesagt wird: quae ratio ceteros admittit, eadem tacitam inducit pensationem.

68) *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 242.

69) *Pothier* Pandectae ad lib. 30...33 nr. 434.

einmal in dem Falle bestätigt gefunden, wenn einigen unter mehreren Miterben ein Prälegat hinterlassen ist [70]); ferner in dem Falle, wenn allen Miterben ein Prälegat hinterlassen ist [71]); endlich in dem Falle, wenn allen Erben und zugleich einem oder mehreren Nichterben dasselbe Objekt als Prälegat hinterlassen ist [72]). Da nun in diesen Fällen, in welchen bald simple Legatarien mit Prälegatarien, bald Prälegatare allein mit einander concurriren, das Princip der gleichen Vertheilung herrscht, wie es die allgemeine Rechtsregel bei allen gewöhnlichen Vermächtnissen mit sich führt; und da dieß Princip der gleichen Vertheilung nicht etwa nur von einem oder dem andern Juristen, sondern von Juristen verschiedener Jahrhunderte, von Julian, Gaius, Scävola, Papinian und Paulus vertheidigt wird, so darf man wohl zuverlässig den Schluß ziehn, daß diese Regel der gleichen Vertheilung unter die Prälegatare auch in dem möglichen, aber in den Quellen nicht erwähnten Falle eintreten muß, wenn nemlich einigen Erben und neben ihnen noch einem oder einigen Fremden dieselbe Sache legirt ist.

Von dieser Regel der gleichen Vertheilung der Prälegate unter mehrere Collegatare gibt es aber folgende zwei Abweichungen. Die erste tritt in dem Falle ein, wenn ein einzelner Erbe mit einem oder mit mehreren Nichterben bei demselben Prälegate concurrirt, wo der Erbe im Nachtheil steht [73]).

---

70) fr. 67 § 1 De legatis I. 30; fr. 2 pr. De instructo 33, 7; fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

71) fr. 104 § 5 De legatis I. 30; fr. 34 § 1 De usu et usufr. leg. 33, 2.

72) fr. 7 De usufr. accresc. 7, 2.

73) Streng genommen findet in diesem Falle keine Vertheilung unter Prälegatarien Statt; denn nur der Eine, welcher zugleich Erbe ist, heißt Prälegatar, der Andre oder die übrigen Berechtigten sind simple Legatarien.

Digitized by Google

Die zweite Abweichung tritt in dem Falle ein, wenn nur zwei Personen auf ungleiche Theile zur Erbschaft und Beide auch allein zu demselben Prälegate berufen sind, in welchem Falle die Raten am Vorvermächtnisse im umgekehrten Verhältnisse zu den Raten an der Erbschaft stehn [74]).

Die erste Ausnahme liegt vollkommen klar entschieden im **fr. 116 § 1 De legatis I** vor [75]). Jemand hat zweien Fremden und einem seiner beiden Erben [76]), dem er die Hälfte seines Vermögens hinterlassen, dasselbe Grundstück legirt. Diesem Erben gebührt nach der Entscheidung Florentins [77]) nur der sechste Theil des Prälegates. Denn von sich selbst kann er Nichts vindiciren, indem er die ganze Hälfte des Prälegates, welche auf seinen Erbtheil fällt, den Collegatarien überlassen muß [78]); und gegen die Erbportion seines Miterben,

---

74) *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 9 nota *e*; Valett Lehrbuch des Pandektenrechts § 1133.

75) Heredi a semetipso legatum dari non potest, at a (dieß ist die glückliche Conjektur F. A. Schilling's statt a te) coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt.

76) Die Basiliken im lib. 44 tit. 1 l. 110 geben den vorstehenden Paragraphen so wieder: et de eo, si, cum duo heredes essent, uni et extraneis fundum legavero, quid fiat?

77) *Rogerius* (daß er unter der Sigle R. verstanden werden müsse, beweist Savigny Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter Bd. 4 S. 173) hält in der Glosse zu dem vorstehenden Paragraphen v. non potest die Entscheidung des Florentinus nicht so dem Willen des Testators gemäß, als wenn der Jurist auch in diesem Falle eine gleiche Vertheilung für nothwendig erklärt hätte. Vgl. das nächste Capitel Note 82.

78) Allerdings sagt *Hertius* Diss. § 13, man könnte mei-

welcher auf die andere Hälfte der Erbschaft instituirt ist, hat er dasselbe Recht, wie die beiden mit ihm concurrirenden Nichterben. Alle Drei theilen sich diese Hälfte des Prälegates zu gleichen Theilen, so daß Jeder von ihnen ein Drittel dieser Hälfte [79]) in Anspruch nimmt. Dem Prälegatar kommt daher nur dieses Sechstel des ganzen Prälegates zu, während Jeder der beiden **extranei** außer diesem Sechstel noch ein Viertel des Legates hat [80]).

Die erste Hälfte der hier gegebenen Entscheidung Florentins, daß einer von zwei Erben, der mit einem Fremden bei demselben Prälegate concurrirt, von sich selbst Nichts empfängt, sondern den ganzen seine Erbportion treffenden Theil des Prälegates dem Collegatar herausgeben soll, finden wir auch im **fr. 34 § 11 De legatis I** [81]) ausgesprochen. Ulpian hat hier die Worte so allgemein gestellt, daß man eben so gut annehmen kann, dieser Jurist habe einen Universalerben [82]), als er habe einen Theilerben gemeint [83]). In beiden Fällen gilt seine

---

nen, daß in diesem Falle der Prälegatar auch von dem, was er selbst zahlen soll, einen Theil behalten könnte, wenn auch nicht legati, so doch hereditario iure, aber es lag hier ein Fall der strengen Anwendung civilistischer Regeln vor.

79) G. E. Treitschke in der Uebersetzung des Corpus iuris zu dieser Stelle Bd. 3 S. 279 Note 118.

80) Daß in diesem Falle auch der Prälegatar nur legati iure sein Prälegat besitzt, ist bereits im dreizehnten Capitel zu Note 121ª hervorgehoben.

81) Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semetipso ei legatum inutiliter videtur; ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit.

82) Von einem solchen allein verstehn diesen Paragraphen *Hertius* Diss. § 10, Westphal von Vermächtn. u. Fideicomm. S. 70, Nettelbladt Prälegate S. 30 Note 1, *Merlin* Repertoire de iurisprudence Tom. XII p. 666 § 1. Paris 1827.

83) *Duarenus* in tit. de legatis ad h. § faßt diesen Para-

ausgesprochene Regel a semetipso inutiliter ei legatum videtur, und nur der Unterschied tritt natürlich ein, daß, je mehr sich die Erbportion des Erblegatars der ganzen Erbschaft nähert, desto geringer sein Antheil am Prälegate wird, so daß für den Universalerben sein Antheil am Prälegate verschwindet [84]).

Nach dem von Florentinus auf das Deutlichste ausgesprochenen Principe müssen wir einen andern minder klar in den Quellen entschiedenen Rechtsfall, der auf gleichen Voraussetzungen beruht, beurtheilen. Im fr. 88 § 3 De legatis II [85]) theilt Scävola ein Testament mit, wornach einer von zwei Erben [86]) als Prälegat zusammen mit einem Nicht-

graph zwar ganz allgemein von beiden möglichen Fällen auf, geht aber von der irrigen Voraussetzung aus, als ob Ulpian in diesem Falle behaupte, daß ebensowenig der Theilerbe als der Universalerbe irgend etwas von diesem Legate in Anspruch nehmen dürfe, sondern daß ihr nicht miterbender Collegatar stets das ganze Legat bekomme, und sucht diese unbegründete Annahme daraus zu erklären, daß hier keine coniunctio verbis zwischen diesen beiden Collegatarien eingetreten sey. Man vgl. seine ebenso gezwungene Erklärung des fr. 7 De usufr. accr. 7, 2 oben Note 57.

84) *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 § 12.

85) Quisquis mihi heres heredesve erunt, hoc amplius Lucius Eutychus, quam quod eum heredem institui, e media hereditate sumito, sibique habeto una cum Pamphilo, quem liberum esse iubeo, instrumentum tabernae ferrariae, ita ut negotium exerceat; is (exerceatis in einem Worte, wie Baudoza, Brencman und Kriegel wollen, müßte auf die im Anfange angeredeten Erben bezogen werden, was doch nicht der Fall ist, da wenigstens Pamphilus kein Erbe zu sein scheint) Lucius Eutychus viva testatrice decessit, pars hereditatis eius ad coheredes pertinuit; quaero, an Pamphilus eodem testamento manumissus ad petitionem partis instrumenti admitti possit, licet taberna, ut voluit testatrix, exerceri non possit. Respondi: admitti.

86) Daß nur zwei Erben waren, beweist der Singular coheredem.

erben Schmiedewerkzeug haben soll. Kommt dieß Prälegat vollständig zur Ausführung[87]), so wird der Prälegatar seinen Theil, den er als Erbe am Prälegate hat, dem Nichterben überlassen müssen und den Antheil, welchen sein Miterbe als solcher am Schmiedewerkzeuge hat, zur Hälfte (weil er beschränkt ist durch seinen Collegatar) in Anspruch nehmen, also nicht mehr als ein Viertel des Prälegates erhalten, während sein Collegatar drei Viertel hat.

Vergleichen wir noch die testamentarische Bestimmung, welche derselbe Scävola im fr. 94 D. ad legem Falcidiam[88]) referirt, so sehn wir, daß darnach ein Vater seinen Sohn und seine Tochter zu alleinigen Erben eingesetzt und Beiden bestimmte Gegenstände prälegirt hat, sowie daß unter den Prälegaten der Tochter ein verpfändetes Grundstück sich befindet, in Beziehung auf welches der Testator hinzugefügt hat: wenn Titius, der Freigelassene meines Sohnes, die Schuld,

---

87) Der Prälegatar war vor der Erblasserin gestorben. Ueber die nun folgende Entscheidung s. das nächste Capitel zu Note 28 ff.

88) Filio et filia scriptis heredibus, singulis certa praelegavit, sed longe minus filiae, cui etiam domum obligatam praelegavit cum instrumentis et quidquid ibi fuerint, et adiecit haec verba: sed ea conditione lego, ut quidquid aeris alieni in ea domo erit, Titius libertus filii mei, exsolvat, et sit iis utrisque domus communis; quaesitum est, si filia legis Falcidiae beneficio uti volet ad quartam retinendam, an ex hereditate, quae ei relicta est, deducto aere alieno, eius, quod superfuerit, quartam consequi debeat. Respondit, iure quidem id postulaturam, si modo ea quartam suppleant, quam voluntati defuncti solvendum (*Alciatus* Parerga V, 25 will dafür solidum lesen, was auch *Cuiacius* Comm. in Papiniani Resp. lib. VI ad fr. 78 pr. De hered. inst. billigt; aber gegen die Nothwendigkeit der Aenderung erklären sich mit Recht *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad leg. Falcid. in seinen Opera p. 587, indem er solvendum durch quod solvere et praestare iussus est erklärt, ebenso *Averanius* Interprett. V, 3 nr. 6 und *Pothier* Pandectae 35, 2 nr. 50) praestando pareret.

für welche das prälegirte Grundstück verpfändet ist, vollständig bezahlt, so soll er mit meiner Tochter an diesem Grundstücke das Miteigenthum haben. Es entsteht nun die Frage: wenn dieser Freigelassene die ihm auferlegte Bedingung erfüllt [89]), einen wie großen Theil an dem vermachten Gegenstande hat derselbe zu fordern? Legen wir die wahrscheinliche Voraussetzung [90]) zum Grunde, daß beide Erben, Sohn und Tochter des Erblassers, zu gleichen Theilen zur Erbschaft berufen sind, und wenden wir ohne Weiteres die obige Entscheidung Florentins auf diesen Fall an, so würde der Freigelassene sich nicht mit der Hälfte des Grundstücks begnügen dürfen, sondern drei Viertel desselben fordern können, nemlich diejenige Hälfte, welche den Erbtheil der Tochter trifft, ganz, und diejenige Hälfte, welche der Sohn von seinem Erbtheile zu leisten hatte, zur Hälfte. Aber diese Entscheidung ist für unsern Fall wegen seiner eigenthümlichen Voraussetzungen nicht anwendbar. Denn gehn wir in die Zeit zurück, da dieß Testament gemacht und Scävola nach dem Inhalte desselben befragt war, so müssen wir sagen: ein Legat an dem Grundstücke findet einzig und allein zu Gunsten der erbenden Tochter Statt; zu Gunsten des Freigelassenen existirt kein Legat, sondern ein Fideikommiß, und zwar ist der Freigelassene gar nicht an die Erbschaft oder an einen einzelnen Erben, sondern an die Tochter, ausschließlich in ihrer Eigenschaft als Legatarin dieses Grundstücks, gewiesen. Der Tochter ist das ganze Haus prälegirt; für den Fall aber soll das Prälegat theilweise ihr entzogen werden,

89) Die Glosse leugnet die geschehene Erfüllung der Bedingung, obschon die Darstellung des Scävola sie ganz unentschieden läßt.

90) *Cuiacius* Comm. in lib. VI resp. Papin. ad fr. 78 De hered. inst. sagt bei der Erklärung unserer Stelle: **finge in hereditate fuisse ducenta, singulos igitur ipso iure quasi sine partibus scriptos heredes fuisse in centum.**

wenn der Freigelassene des Sohnes die Pfandschuld des Hauses ganz bezahlt. Das Verhältniß ist daher dieß. Die Tochter nimmt oder vindicirt das ihr prälegirte Grundstück aus der Masse, sie begnügt sich aber nicht, dieß Grundstück in solidum zu erwerben, sondern sie hat auch das Recht, mit der familiae herciscundae actio zu verlangen, daß aus der Masse — wozu ihr Erbtheil die Hälfte beisteuern muß — die Schuld, für welche dieß Haus verpfändet ist, bezahlt werde [91]), und beiden Ansprüchen muß von ihrem Bruder und Miterben genügt werden. Denn er darf nicht die Einrede entgegenstellen: diese Befreiung von der Schuldverbindlichkeit können wir sistiren, bis sich der Titius erklärt hat, ob er durch die Bezahlung der ganzen Schuld die Erbschaft von dieser Last befreien will. Dieß wäre eine Einrede de iure tertii, obgleich der Titius gerade des Bruders Freigelassener ist, auf dessen Vermögen der Bruder einst Erbrechte hat. Wenn aber Titius die ihm gestellte Bedingung erfüllt und die ganze Schuld (an die Erben oder) unmittelbar an die Gläubiger gezahlt hat, wird, nach getilgter Verbindlichkeit der Erbmasse, er mit einer fideicommissi petitio gegen die Besitzerin auf Einräumung des halben Grundstücks auftreten können. Denn wie sollten wohl die Worte des Testators: et sit eis utrisque domus communis passender, als von einer gleichen Vertheilung verstanden werden, zu welcher sich die Prälegataria verstehn muß, an welche der Freigelassene gewiesen ist [92])?

---

91) fr. 28 D. familiae herciscundae 10, 2.

92) Ein Legat lag durchaus in dieser ganz formlosen Disposition nicht vor und war auch bei der Anweisung an eine Vermächtnißnehmerin zur Zeit Scävolas juristisch unmöglich. Wegen dieses letztern Umstandes müssen wir auch für das Justinianeische Recht, in welchem der Grundsatz a legatario legari non potest aufgehoben ist, eine andere Erklärung als die im Texte gegebene leugnen, und daher

Ungeachtet in den beiden eben aus Florentinus' und Scävola's Schriften mitgetheilten, der ersten Ausnahme angehörigen Fällen die Zahl der vorhandenen Erben gerade zwei beträgt, und die andere Ausnahme nothwendig sogar die Existenz von zwei Erben, die zugleich Prälegatarien sind, voraussetzt, und man daher das Dasein von zwei Erben nicht als ein zufälliges bei diesen Ausnahmen ansehn möchte, so scheint doch Ulpian in dem bereits angeführten fr. 34 § 11 De legatis I (Note 81) so allgemein zu sprechen, daß man diese allgemeine Fassung weder auf den Fall, daß hier ein ex asse heres [93]), noch auf den Fall beschränken darf, daß gerade einer von zweien Erben als Prälegatar gemeint sey, sondern wir müssen, wie oben bemerkt, diese erste Ausnahme dahin ausdrücken: wenn ein einzelner (oder der einzige) Erbe mit einem oder mehreren Fremden zu einem und demselben Prälegate berufen ist, so muß der Theil des Prälegates, welcher auf den Erbtheil dieses einen Erben fällt, ganz dem Fremden überwiesen werden [94]).

Die andere Ausnahme ist diese: wenn nur zwei Personen auf ungleiche Theile zur Erbschaft und beide allein auch zu demselben Prälegate berufen sind, so stehn ihre Theile am Prälegate im umgekehrten Verhältnisse zu ihren Erbschaftsquoten [95]). Diese Ausnahme wird bewiesen durch den von

---

diesen Fall, nachdem Justinians Compilatoren ihn in die gesetzliche Sammlung aufgenommen haben, noch ebenso entscheiden, wie ihn Scävola hätte entscheiden müssen. Deshalb haben wir auch geleugnet, daß dieser Fall hierher gehöre.

93) Wie mehrere Juristen (s. Note 82) diesen Paragraph auffassen.

94) Repertorium *Bertachini Firmani* v. praelegatum. Lugduni 1562.

95) Braun (Thibaut) Erörterungen S. 690 nennt diesen Satz einen wunderlichen, stellt ihn aber doch als einen die regelmäßige

Ulpian im fr. 34 § 12 De legatis I [96]) entschiedenen Fall [97]). Es sind zwei Erben auf verschiedene Quoten, der Eine auf ein Zwölftel, der Andere auf eilf Zwölftel der Erbschaft ernannt [98]), und Beiden ist dasselbe Grundstück legirt. Wenn in diesem Falle beide Erben antreten und das Vorvermächtniß in Anspruch nehmen, so ist der Zwölftelerbe auf eilf Zwölftel des prälegirten Grundstückes berechtigt, und der Erbe auf eilf Zwölftel nur ein Zwölftel des Grundstücks in Anspruch zu nehmen befugt. Man könnte versuchen, in diesem Falle Wech-

---

Vertheilung der Prälegate normirenden hin; obwohl schon allein deshalb, weil es diesem Satze nach **Thibaut** an jeder ratio zu fehlen schien, er von diesem Juristen nicht zu Analogieen hätte benutzt werden sollen.

96) Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium (daß diese Florentinische Leseart statt der gewöhnlichen unciarum die richtige sey, ist längst angenommen. Vergl. *Nieto* Tractatus cap. 1 § 10; *Francke* Diss. § 6 nota m und die von ihnen Citirten. Daher bedarf es auch nicht der Emendation, welche *Leunclavius* Notatorum lib. II notatum 68 mit Berücksichtigung der Basiliken [lib. 44 tit. 1 l. 33] vorbringt, die durch Mißverstehn unserer Stelle dem Erben auf eilf Zwölftel auch eilf Zwölftel vom Prälegate zuschreiben, nemlich durch Hilfe der Gemination zu lesen unciarum heredem undecim, undecim partes etc., wogegen sich besonders **Westphal** von Verm. u. Fideikomm. S. 77 erklärt) heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

97) Es ist dieß der einzige Fall dieser Art in den Quellen. Denn am Ende des fr. 7 D. si quis omissa 29, 4 wird zwar auch an den Fall gedacht, wenn den beiden einzigen Erben ein Prälegat hinterlassen ist, aber das Legat kam hier nicht zur Ausführung, weil beide Testamentserben es vorzogen, als Intestaterben aufzutreten.

98) Eine Vertheilung, die sich auch sonst findet, z. B. in Juvenals Satyren 1, 40: Unciolam Proculeius habet, sed Gillo deuncem (unrichtig will *Ruperti* unciolam mit ne totam quidem unciam erklären), ebenso im Testamente des Dasumius Z. 4 Z. 7 in **Savigny's** Zeitschrift Bd. 12 S. 314, 321.

fellegate anzunehmen und dennoch die Sache so anzusehn, als sey Jeder der beiden Prälegatarien gar nicht an die ganze Erbschaft, sondern nur an seinen Miterben gewiesen [99]), wofür auch allenfalls spräche, daß hier jeder Legatar das legirte Objekt nur **legati iure** erwirbt. Aber obwohl eine solche Ansicht sich schon in der Glosse zu dieser Stelle [100]) findet, so wird ebenda auch der sehr nahe liegende Einwand hervorgehoben, daß dieser Paragraph in unmittelbaren Zusammenhang mit dem vorigen, dem eilften, gebracht und als Consequenz aus der Regel **heredi a semetipso inutiliter legatur** betrachtet ist. Wollte man nun auch gegen diesen sehr begründeten Einwand die Möglichkeit repliciren, daß unser § 12 hier ungeschickter Weise eingeschaltet sey, was daraus hervorgehe, daß der § 13 in gar keinem Zusammenhange mit dem zwölften, wohl aber, wie ebenfalls schon die Glosse bemerkt, mit dem eilften in der genauesten Verbindung steht, so ist dieß doch nur eine entfernte Möglichkeit [100a]).

Nur allein daraus, daß hier eine Ausnahme von der fast überall sonst gleichen Vertheilung der Prälegate unter mehreren Aspiranten sich findet, erklärt sich der andere Versuch der Glosse, diese Ausnahme fortzudisputiren. Joannes Bas-

---

99) *Mornacius* Synopsis Pandectarum ad fr. 34 § 12 De legatis I. 30 sagt: Alteruter legatum coheredi praestabit ratione habita partis, pro qua est heres.

100) vel si habes unciarium heredem secundum Pisanam literam, dic casum, ut prius, quod duo sunt instituti alter ex XI unciis, alter ex una, et adiecit testator: vobis lego fundum. Nam tale est, ac si dixisset: a te instituto in XI unciis lego coheredi fundum, et ab alio instituto in una legavi alii fundum. Quibus casibus videor gravare institutum in XI, ut det XI partes fundi alii, et alii, ut det huic unam. Sed haec litera non placet Rogerio, et secundum neutram positionem legatur heredi a se ipso.

100a) Man vgl. das sechszehnte Capitel zu Note 84 ff.

sianus [101]) legte deshalb diesen § 12, indem er die gewöhnliche Leseart **unciarum heredem** statt **unciarium** zum Grunde legte, also aus: ein Legatar, der etwa Hundert aus der Erbschaft erhalten, ist verpflichtet, dafür dem Erben ein Grundstück zu leisten, und weil die Erben im Verhältnisse wie Eins zu Eilf zu den Hundert beigesteuert, so müßten auch die Erben in demselben Verhältnisse wie Eins zu Eilf an diesem Grundstücke participiren. Gegen diese Interpretation spricht aber nicht bloß, daß sie mit der Rechtsregel **heredi a semetipso legari nequit** in gar keinem Zusammenhange steht, sondern auch auf das Entschiedenste der Umstand, daß von einem Legatar, der wiederum mit einem Legate beschwert sein soll, weder auf das Entfernteste die Rede ist [102]), noch sein kann, da zu Ulpians Zeiten höchstens ein Fideikommiß einem Legatar auferlegt werden konnte [103]).

Die bisher nachgewiesene Ansicht, wornach in der Regel die gleiche Vertheilung des Prälegates Statt findet und nur in zweien Ausnahmen davon abgewichen wird, ist eine bisher nicht aufgestellte. Vergleichen wir deshalb zum Schlusse die bisherigen verschiedenen Ansichten über die Vertheilung der Prälegate.

Den Unterschied zwischen zweien und mehreren Erben finden wir allerdings von Einzelnen beachtet. So sagt Cujacius [104]): entweder sind nur zwei Erben eingesetzt und zwar

---

101) Seine Glossen werden regelmäßig mit Io. bezeichnet. Savigny Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter Bd. 4 S. 249.

102) *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 § 12.

103) Gaius II, 271. A legatario legari non potest, sed fideicommissum relinqui potest.

104) Comm. in tit. I de legatis ad l. 17, 18. Ihm stimmt *Warnkoenig* Comm. iur. Rom. privati § 1124 bei, der in dieser Lehre nur Excerpte aus den Quellen gibt.

auf ungleiche Theile und ihnen allein ist ein Grundstück prälegirt; dann leisten sie sich wechselseitig aus ihren ungleichen Erbportionen die Legate[105]); oder es sind mehrere Erben auf ungleiche Theile eingesetzt und zweien von ihnen ist ein Grundstück prälegirt; dann leisten die übrigen belasteten Erben dieß nach ihren ungleichen Erbportionen, und jene beiden, denen das Vermächtniß gegeben ist, theilen sich dasselbe nach Virilportionen. Nach dieser von Cujacius aufgestellten Unterscheidung werden diese beiden beschränkten Fälle als coordinirte aufgestellt, ohne daß Cujacius angibt, welcher von beiden zur Analogie für die vielen übrigen nicht entschiedenen Fälle dienen soll. Uebrigens ist zwar der erste Fall richtig entschieden; ob es aber auch der zweite ist, hängt davon ab, wie es mit der Verpflichtung der beiden Prälegatarien gegen einander stehn soll, worüber er Nichts angibt.

Einen andern Gegensatz macht Cornelius van Eck[106]). Er unterscheidet außer dem Falle, wenn ein Erbe und ein Fremder Collegatarien sind, zwei Fälle, einmal den, wenn die beiden Erben zugleich die einzigen Vermächtnißnehmer sind, den er nach fr. 34 § 12 De legatis I richtig entscheidet, und den etwas vagen Fall, wenn mehrere Miterben sind, wofür er keine ausdrückliche Entscheidung angibt, aber durch sein Citat fr. 67 § 1 De legatis I auf die richtige Ansicht hindeutet.

In vielen Unterscheidungen gefällt sich Joannes Voet[106a]). Bei einem mehreren Personen hinterlassenen Prälegate haben

105) Den Beweis dafür findet er in fr. 34 § 12 De legatis I.

106) Principia secundum ordinem Digestorum ad lib. 30, 31, 32 § 9: Si heredi unico et Titio legetur, Titius totum capiet fr. 34 § 11 De legatis I, sin duobus heredibus uno ex uncia altero ex deunce institutis, heres unius unciae undecim, alter unciam capiet fr. 34 § 13 D. eod.; secus si plures sint heredes fr. 67 § 1 D. eod.

106a) Comm. ad Pandectas lib. 30 § 6 § 7.

die Einzelnen Virilportionen, soweit sie von den Miterben das Legat erhalten, während sie von sich selbst den auf ihre Erbportion fallenden Theil des Prälegates retiniren, wobei er den Fall des fr. 2 pr. De instructo richtig versteht, aber ihn mit Unrecht generalisirt [107]); ein allen Erben hinterlassenes Prälegat soll wirkungslos sein, indem Jeder in einem solchen Falle seinen Erbtheil verwirkt und Nichts zur Vertheilung übrig bleibt, eine Ansicht, welche, wie wir gesehn, nur dann richtig ist, wenn alle Miterben auf gleiche Antheile berufen sind; bei einem gewöhnlichen allen Erben, wenn diese nur zwei sind, hinterlassenen Legate (nicht Prälegate [108])) sollen deren Antheile am Legate im umgekehrten Verhältnisse zu ihren Erbportionen stehn; wenn aber die Zahl aller Erben die Zahl zwei übersteigt, so sollen gleiche Theile gemacht werden; nur wenn einer von diesen mehreren Miterben und Legatarien zu einem so großen Erbtheile berufen ist, daß er von den übrigen nicht seine Virilportion am Legate bekommen kann, z. B. wenn der eine Miterbe und Legatar auf zehn Uncien, die andern Beiden jeder auf ein Zwölftel berufen ist, dann soll wegen fr. 34 § 12 De legatis I dasselbe gelten, als bei zweien Erben. Wenn endlich ein simples Legat nicht allen Erben hinterlassen ist, so gilt als Regel ebenfalls gleiche Vertheilung, nur mit der auf denselben Paragraph begründeten Modifikation, daß, wenn der eine Legatar eine so große Erbportion hat, daß alle seine Miterben zusammen, mögen sie Collegatarien sein oder nicht, ihm seine Virilportion zu geben nicht im Stande sind, die Erben das Prälegat im umgekehrten Verhältniß zu ihren Erbportionen theilen.

107) Hierin hat Voet einen Vorgänger an *Peregrinus* de fideicommissis art. VII § 4.

108) Man vergl. über diese Ansicht das zweite Capitel Note 117 ff.

Hofacker[109]) und Curtius[110]) unterscheiden, ob allen Erben oder ob einigen von mehreren Erben legirt ist. Im ersten Falle sollen die einzelnen Collegatarien das Prälegat in umgekehrtem Verhältnisse zu ihren Erbportionen, im zweiten Falle zu gleichen Theilen erhalten. Die zweite Entscheidung ist richtig aus **fr. 67 § 1 De legatis I** abstrahirt[111]), die erste mit Unrecht aus dem singulären **fr. 34 § 12 D. eod.** generalisirt.

Noch anders unterscheidet Arndts[112]). Sind alle Miterben zugleich Collegatare, so stehn, mögen es zwei oder mehrere Berechtigte sein, die Antheile Aller an dem gemeinsamen Prälegate in umgekehrtem Verhältnisse zu ihren Erbtheilen. Wenn aber nur einige Erben mit demselben Prälegate bedacht sind, so soll zwar auch Jeder Alles, was von seinem Erbtheile zu leisten ist, den Andern zahlen, aber was Jeder von dem Erbtheile der Andern bekommt, wird gleichmäßig vertheilt[113]).

Eine große Zahl unserer Juristen stellt, ohne genauer zu unterscheiden, folgende einzig aus dem singulären **fr. 34 § 12**

---

109) Principia iuris § 1480.

110) Handbuch des in Chursachsen geltenden Civilrechts Theil 2 Leipzig 1807 § 749.

111) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 67 § 1 De legatis I und Westphal von Verm. u. Fideikomm. S. 76, 77 nehmen diese zweite Regel auch an, wollen aber wegen fr. 104 § 5 De legatis I. 30, wenn sämmtliche Erben zu demselben Vermächtnisse berufen sind, dieses nach Proportion ihres Erbtheiles unter sie vertheilen.

112) in Weiske's Rechtslexikon Bd. 6 S. 288, 289.

113) z. B. A. ist auf zwei, B. auf vier und C. auf sechs Zwölftel Erbe, und A. und B. sollen zwölf bekommen als Legat, so sind von A's Theil zwei, von B's Theil vier und von C's Theil sechs zu leisten; nun nehmen A. und B. je drei von C., außerdem A. von B. alle vier und B. von A. alle zwei.

De legatis I. 30 abstrahirte Regel der Vertheilung auf: von mehreren auch in ungleiche Portionen instituirten Erben, welche zusammen ein Prälegat erhalten, bekommt Jeder verhältnißmäßig einen desto kleinern Antheil, je größer sein Erbtheil ist, und umgekehrt; sie erwerben das Prälegat im umgekehrten Verhältnisse ihrer Erbportionen [114]). Darunter aber verstehn diese Juristen nicht, daß, wenn etwa drei Erben auf sechs, drei und drei Uncien eingesetzt und alle auch zu demselben Prälegate berufen sind, der Erste nur einen halb so großen Antheil am Prälegate erhält, wie die beiden Erben mit der halb so großen Erbportion; sondern es bedeutet nur im Allgemeinen: je kleiner die Erbportion ist, desto größer wird die Prälegatsportion sein; wobei diese Juristen unter einander nicht übereinstimmen [115]). Unter ihnen nähert sich Wening-Ingenheim der Wahrheit bedeutend, indem er jener Regel den wichtigen Zusatz beifügt [116]): jedoch ist im Zweifel anzunehmen, daß Mehrere, denen ein Prälegat hinterlassen ist, nach Köpfen und nicht nach Verhältniß ihrer Erbportionen gerufen sind. Aehnlich erklärt sich Merlin [117]) dahin: aus

---

114) *Pfeiffer* Diss. § 9, § 11; Nettelbladt Prälegate S. 60; Thibaut in Braun Erörterungen S. 690 und in Froben Erläuterungen S. 316; Schweppe das Römische Privatrecht § 918; Gans das Erbrecht in weltgeschichtlicher Bedeutung Bd. 2 S. 142; Lang Lehrbuch des Römischen Rechts. Zweite Ausgabe § 397; v. Vangerow Leitfaden § 523 Anm. 1. B.

115) In dem oben angegebenen Beispiele soll nach Vangerow a. a. O. S. 433 der erste Erbe $\frac{1\frac{1}{2}}{6}$, Jeder der andern beiden Erben $\frac{2\frac{1}{4}}{6}$ haben; nach Pfeiffer und Nettelbladt aber wird Jener $\frac{1}{5}$, von Diesen Jeder $\frac{2}{5}$ empfangen. Vgl. noch *Voorda* Interprett. cap. 28.

116) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Buch V § 70 (Ausgabe von Fritz § 456).

117) Repertoire de iurisprudence Tom. XII p. 666 Article prelegs § 1. III.

der singulären Entscheidung des fr. 34 § 12 De legatis I darf man keineswegs schließen, daß allen Erben hinterlassene Vermächtnisse beständig unter ihnen in dem umgekehrten Verhältnisse zu ihren Erbportionen getheilt werden müssen; dieß geschieht nur in dem Falle, wo man nicht anders kann, ohne das Prinzip zu beugen; in allen andern Fällen wird das Legat zu gleichen Theilen nach Virilportionen unter die mit ihm bedachten Erben vertheilt.

Einige Juristen [118]) sind zwar im Ganzen für die gleiche Vertheilung, aber durch ein Mißverstehn des fr. 2 De instructo 33, 7 stellen sie ihre Regel also auf: Sind von den Miterben Mehrere mit demselben Vermächtnisse honorirt, so theilen sie nur das, was die übrigen Miterben nach Verhältniß ihrer Erbtheile zu entrichten haben, nach Köpfen, dagegen sie selbst geben einander gegenseitig ihre Erbquoten an dem Prälegate.

Roßhirt [119]) endlich stellt zwar den Satz auf, „daß das Prälegat unter den compraelegatariis immer nach Virilportionen berechnet wird" [120]); doch fügt er hinzu: „man darf nur nicht den Maßstab der Bezahlung mit dem Maßstabe der Vertheilung des Bezahlten verwechseln." Diesen seinen Ausspruch verdeutlicht er in seinem gemeinen Civilrechte [121]) dadurch, daß er drei Sätze als entscheidend für die Lehre von den Prälegaten aufstellt: die Miterben bezahlen das Prälegat

118) *Hertius* Diss. § 13; Seuffert Lehrbuch des Pandektenrechts § 605; Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts § 735; Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht § 1009.

119) Vermächtnisse Bd. 1 S. 276.

120) Roßhirt a. a. O. S. 275 Note sagt: in dem fr. 34 § 12 De legatis I ist der Satz klar ausgesprochen: portio virilis seu dimidia in praelegato utrique competiet.

121) Gemeines Civilrecht Bd. 3 § 694.

pro parte hereditaria; die am Prälegate Berechtigten theilen **pro parte virili**; und was jeder Miterbe sich selbst zahlen muß, ist ungiltig und accrescirt dem andern Prälegatar [122]). Dieser letzte Satz führt nun aber nothwendig zur Betrachtung der Lehre von der eigenthümlichen Anwachsung bei Prälegaten, bei welcher Gelegenheit wir die Gründe entwickeln werden, welche die Römischen Juristen vermocht haben, die Regel **heredi a semetipso legari non potest**, mit deren Anwendung auch das den Prälegaten eigenthümliche Anwachsungsrecht zusammenhängt, in so enge Grenzen der Anwendung einzuschließen.

---

122) Nur die beiden ersten Sätze lassen sich in ihrer allgemeinen Fassung vertheidigen; der dritte Satz ist nur in sehr beschränktem Maße richtig.

Sechszehntes Capitel.

Das Anwachsungsrecht bei Prälegaten.

Das Anwachsungsrecht der Legatarien unterscheidet sich von dem der Miterben bekanntlich darin, daß beide auf verschiedenen Gründen beruhn, jenes auf dem vermutheten Willen des Testators [1]), dieses auf der aus einer Rechtsregel abstrahirten gesetzlichen Nothwendigkeit, nemlich der Regel **nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest** [2]). Bei den Prälegaten, diesem zwitterartigen Institute, finden wir ein doppeltes Fundament des bei ihnen eintretenden Anwachsungsrechts, nicht bloß den Willen des Testators, sondern außerdem auch die aus einer Rechtsregel abstrahirte gesetzliche Nothwendigkeit [3]), welche dann eintritt, wenn der Prälegatar wirklich die Erbschaft und das Prälegat angenommen hat [4]). Nur

1) *Elbertus Leoninus* Emendationum lib. V cap. 14 § 22; Huschke in Schneider's Kritischen Jahrbüchern 1838 S. 311.

2) Mayer das Recht der Anwachsung S. 4, 5; Thibaut Geschichte u. Institutionen des Röm. Rechts § 251. Huschke im Rheinischen Museum Bd. 6 S. 304 will die Nothwendigkeit des Anwachsungsrechts, sowie die oben hingestellte Regel gemeinsam aus der objektiv untheilbaren Natur der Erbschaft, als der familia defuncti, ableiten.

3) Vgl. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 591.

4) K. A. Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten. Berlin 1837 S. 32.

ist die Rechtsregel, aus welcher die Nothwendigkeit dieser Anwachsung hervorgeht, eine andere, als die bei dem Anwachsen der Erbtheile thätige, nemlich die nur selten befolgte Rechtsregel: **heredi a semetipso legari non potest.**

Da der Wille des Testators das Anwachsungsrecht bei Prälegaten hauptsächlich begründet, so vermag derselbe es auch auszuschließen [5]). Dieß ist z. B. der Fall im **fr. 94 D. ad legem Falcidiam** [6]). Hier hat die zur Erbin eingesetzte Tochter ein Grundstück **in solidum** prälegirt erhalten und durch ein Fideikommiß wird ein Freigelassener, wenn er alle auf dem Grundstücke haftenden Schulden bezahlt, zur Gemeinschaft an diesem Grundstücke berufen. Erfüllt in diesem Falle der Freigelassene die ihm auferlegte Bedingung nicht, schlägt er das Vermächtniß aus, so bleibt dieß Haus der Tochter ganz; will aber die Letztere das Prälegat nicht annehmen, so kann der Freigelassene, auch wenn er die Bedingung seines Fideikommisses erfüllt hat, doch nur auf die Hälfte des Hauses Anspruch machen, weil der Testator ihm nicht mehr als die Hälfte zuwenden wollte [7]). Ein gleiches Hinderniß des Anwachsungsrechtes tritt ein, wenn ausdrücklich bestimmte Theile desselben Legates mehreren Erben vermacht sind, wo es bei diesen Theilbestimmungen auch beim Ausfall einzelner Prälegatarien bleibt [8]); ebenso dann, wenn der Testator ausdrücklich verfügt hat, daß jeder Legatar das Ganze haben soll [9]).

5) In anderer Weise führt dieß Roßhirt Zeitschrift für Civil- und Criminal-Recht Bd. 6 S. 226 auf den Willen des Erblassers zurück.

6) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 88.

7) Braun Erörterungen zu Thibaut § 845 S. 771. Ein ähnliches Beispiel findet sich in fr. 38 § 8 De legatis III. 32. Die Worte im eilften Capitel Note 22.

8) *Bach* de iure accrescendi § 14, Opuscula p. 355.

9) fr. 33 De legatis I: si ipse testator ex scriptura manife-

Jedoch nicht bloß der ausdrückliche Wille des Testators kann das Anwachsungsrecht ausschließen, sondern auch der indirekt erklärte. Dahin gehört nun freilich nicht, wenn der Testator zwar auf verschiedene, aber dem Resultate nach gleiche Weise, also z. B. dem Einen mit der altherkömmlichen Formel per praeceptionem, dem Andern ganz formlos prälegirt hat [10]), wohl aber wenn er dem Einen von mehreren Collegatarien substituirt hat [11]).

Aber auch nur von dem Willen des Erblassers und unter Umständen von dem des Collegatars [12]), ob er von dem ihm dargebotenen Rechte Gebrauch machen will, hängt es seit dem ersten Junius 534, dem Publikationstage der c. un. C. de caducis tollendis, ab, ob das Anwachsungsrecht bei den Prälegaten (oder Präfideikommissen) ausgeschlossen wird. Denn wenn gleich Mayer [13]) ganz Recht hat, zu behaupten, daß es Digestenstellen gibt, welche im Sinne ihrer Verfasser nur durch die Unterscheidung der Damnations- und der Vindikationslegate in Beziehung auf das Anwachsungsrecht sich erklären lassen, und auch v. d. Pfordten ganz richtig bemerkt [14]): quaecunque leges de iure accrescendi in praelegatis lo-

---

stissimus est, utrumque eorum solidum accipere voluisse. Mayer das Recht der Anwachsung S. 167.

10) c. 7 pr. C. de legatis 6, 37 (die Worte im zwanzigsten Capitel Note 348); *Cuiacius* Comm. ad tit. 49 C. lib. 6 ad l. 7; *Ramos del Manzano* ad titt. de legatis praelectiones pars II cap. 2 § 4 in *Meermann* Thesaurus Tom. VII p. 296.

11) fr. 50 pr., fr. 64 De legatis II. 31; fr. 36 § 1 De cond. et dem. 35, 1; Schneider a. a. O. S. 85.

12) c. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51: si omnes noluerint ..... quidam noluerint. *Pfeiffer* Diss. § 16.

13) a. a. O. S. 154 ff.

14) Diss. de praelegatis p. 73. Vgl. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 590, 591.

quantur, de vindicationis legato [15]) intelligi possunt, so müssen wir uns doch seit Justinians Gleichstellung aller Legate und der Singularfideikommisse für die Ansicht Schneider's [16]), v. d. Pfordten's [17]), Roßhirt's [18]), Burchardi's [19]) erklären [20]), wornach jetzt immer das Anwachsungsrecht auch unter Prälegatarien eintreten muß, mag eine Quantität [21]) oder sonst Etwas legirt sein, was nur Gegenstand des Damnationslegates (oder eines Fideikommisses) hätte sein können. Wenn wir daher im fr. 89 § 2 De legatis II [22]), worin freilich nach Pfordten's richtiger Bemerkung kein Prälegat vorliegt, lesen: ein Erblasser legirt dem Sejus, den er seinem Erben substituirt, unter der Bedingung: si heres non erit, und der Marcella funfzehn Pfund Silber; Sejus wird darauf Erbe und Marcella soll die Hälfte des Legates bekommen — so hat die Glosse [23]) ganz Recht, aus Justinianeischem Ge-

15) Was vom Vindikationslegate gesagt ist, gilt von solchen prälegirten Gegenständen, die per vindicationem legirt werden konnten.

16) Das Anwachsungsrecht S. 86, S. 247 ... 252.

17) Diss. de praelegatis p. 73: sane ex iure Iustinianeo ius accrescendi in omnibus legatis obtinet.

18) in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. 6 S. 226 ff.

19) System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 372 S. 1212.

20) was auch wohl Mayer das Recht der Anwachsung S. 230 thut.

21) In welchem Falle *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 und 12 die Existenz des Anwachsungsrechtes leugnet.

22) Seio, quem heredi substituerat, ita legavit: Seio, si mihi heres non erit, et uxori eius Marcellae, argenti libros quindecim dari volo. Quaero, cum Seius heres exstiterit, an Marcellae legati dimidia portio debeatur? Respondi, secundum ea quae proponerentur, deberi.

23) Gleicher Ansicht ist auch *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 4 § 60.

Digitized by Google

sichtspunkte [24]) der Entscheidung des Scävola hinzuzufügen: **subaudi: et aliam dimidiam habebit iure accrescendi.**

Sehn wir also von jenen Ausnahmsfällen ab, so wird das Berufen mehrerer Personen zu demselben Prälegate, da, wie wir bei der Darstellung des Wesens der Prälegate [25]) gesehn haben, in der Regel der Wille des Erblassers darauf gerichtet ist, in Subsidio jedem Prälegatar das Ganze zuzuweisen, ebenso wie bei andern Legaten [26]), in folgenden Fällen zur Anwachsung führen.

Sind mehrere oder alle Erben zu demselben Prälegate gerufen, so führt das Ausschlagen dieses Vermächtnisses von Seiten eines oder mehrerer Prälegatarien, sowie die Unmöglichkeit des Erwerbes für den Einen oder den Andern einen gleichmäßigen Vortheil den übrig bleibenden Erben zu, welche das Legat in Anspruch nehmen.

Ist ferner einem oder einigen oder, mit Bezeichnung der Einzelnen, allen Erben und zugleich einem oder einigen Fremden dieselbe Sache legirt, und ein simpler Legatar oder ein Prälegatar fällt aus, so accrescirt der freigewordene Theil allen übrigen Personen [27]). War nur ein einziger Erbe neben fremden Personen zu dem Legate berufen und schlägt Jener

24) Denn die Meinung des Scävola war dieß nicht. *Cuiacius* Comm. in tit. I de legatis ad l. 17. — *Chesius* de differentiis iuris lib. 8 cap. 10 in der Iurisprudentia Rom. et Attica Tom. II p. 638 hat daher vom historischen Standpunkte aus ganz Recht, einen Unterschied zwischen der Entscheidung in dieser Stelle und der im fr. 34 § 11 und fr. 116 § 1 De legatis I. 30 zu finden und denselben dadurch zu begründen, daß in diesen beiden Fragmenten per vindicationem, im fr. 89 § 2 De legatis II. 31 per damnationem legirt worden sey.

25) Sechstes Capitel zu Note 37.

26) *Pfeiffer* Diss. § 18 nr. 1.

27) *v. d. Pfordten* Diss. p. 79, I, 1.

das Vermächtniß aus, so kann natürlich nicht weiter von einem Prälegate, sondern es kann nur von einem simpeln Legate die Rede sein, wobei das gewöhnliche Anwachsungsrecht eintreten muß. Gegen diese Ansicht könnte fr. 88 § 3 De legatis II [28]) angeführt werden. Hier nemlich wird in dem Falle, daß einer von zwei Erben und ein Fremder zu demselben Prälegate (e media hereditate) berufen sind, durch den Ausfall des Erstern dennoch die Legatsportion des Andern nicht vergrößert, woraus man schließen könnte, daß wenigstens in allen Fällen, wo ein Erbe mit Fremden bei einem Prälegate concurrirt, der Ausfall des Erben kein Anwachsungsrecht für den Fremden begründe. Doch dem ist nicht so, da der Inhalt dieses Fragments sich nur aus dem zur Zeit seiner Abfassung [29]) geltenden Rechte vollkommen erklären läßt. Wenn nemlich nach dem Rechte der lex Papia der Tod des Legatars vor dem Tode des Testators, aber nach der Errichtung des Testamentes, wie im vorliegenden Falle, erfolgte, so war das hinterlassene Legat in causa caduci [30]) und fiel nicht gerade den Collegatarien, sondern den mit Kindern und im Testamente bedachten Personen [31]) und in deren Ermangelung der Staatskasse zu [32]). Da nun Justinian in der Const. Tanta § 6 seinen Willen dahin erklärt hatte, daß Nichts, was auf die Caduca Bezug hätte, in die Digesten aufgenommen werden sollte, wenn gleich ausdrücklich das aus der lex Iulia et Papia Poppaea stammende Recht erst später durch die c. un.

28) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 85.

29) Cervidius Scävola, der Verfasser dieser Stelle, lebte bekanntlich unter Mark Aurel.

30) c. un. § 2 C. de caducis tollendis 6, 51.

31) Gaius II, 206.

32) *Ramos del Manzano* Praelect. ad tit. de legatis pars II cap. 4 § 13 in *Meermanni* Thes. Tom. III p. 314.

C. de caducis tollendis ganz und gar aufgehoben wurde[33]), so erscheint es als eine Nachlässigkeit der Compilatoren, daß sie diese Entscheidung Scävolas aufgenommen haben, in welcher implicite die nunmehr unrichtige Entscheidung liegt: petitionem tantum partis, non totius instrumenti admitti posse[34]). Doch ist diese Nachlässigkeit sehr verzeihlich, da die Anfrage an Scävola sich nicht sowohl auf die Höhe oder die Vergrößerung des hinterlassenen Legates, als vielmehr ausschließlich darauf bezog, ob das Legat jetzt noch, da die vom Testator gewünschte Modalität desselben unausführbar geworden, giltig geblieben sey, was Scävola einfach mit dem Worte admitti bejaht. Unrichtig aber wäre es jedenfalls, wenn man diese Stelle in Bezug auf die gar nicht einmal darin ex professo behandelte Materie von dem Anwachsungsrechte als maßgebend für das heutige Recht allegiren wollte.

Wenn endlich allen Erben collectivisch und zugleich mehreren Fremden legirt ist, so kann zwar das Wegfallen eines Erben seinen Miterben auch in Beziehung auf das Prälegat

---

33) Mayer die universelle Nachfolge von Todeswegen S. 81 ff.

34) Dogmatisch ist die Ansicht Schultings (Notae ad Digesta ad fr. 89 § 2 De legatis II) ganz richtig, nach welcher unter pars nicht bloß die pars propria, sondern auch die pars, welche dem Eutychus zukommen sollte, also das ganze Legat verstanden, demnach pars pro toto genommen werden muß; wie auch *Cuiacius* Comm. in lib. III resp. Scaevolae zu dieser Stelle bemerkt: omne instrumentum debetur partim iure legati partim iure accrescendi. Eine durchaus unrichtige Ansicht hat über diese Stelle Azo nach *Cuiacius* Comm. in tit. I de legatis II ad h. l., wornach der überlebende fremde Legatar statt des Viertels, welches er von dem Miterben des Eutychus hätte vindiciren können, wenn Eutychus leben geblieben wäre, nun von diesem noch das andere Viertel, welches dem Eutychus zustand, vindiciren könnte, aber nicht ein Mehreres, weil die Hälfte, die der Eutychus hereditario iure besaß, nach dem Rechte der Anwachsung unbelastet auf seine Miterben übergegangen sey.

helfen [35]), nicht aber den simpeln Legatarien. Dagegen das Wegfallen eines simpeln Legatars vergrößert gleichmäßig die Portion, an welcher alle Erben zusammen participiren, sowie die Quote der übrigen simpeln Legatarien. Jedoch ist diese Ansicht nicht allgemein anerkannt. Namentlich behauptet **Schneider** [36]), daß, wenn alle Erben mit der collectiven Bezeichnung **heredes** zu demselben Prälegate berufen sind, kein Anwachsungsrecht unter diesen Erben eintrete, indem diese collective Benennung keine sächliche Verbindung, sondern eine bloße **coniunctio verbis** enthalte. Dieser Behauptung müssen wir jedoch gänzlich widersprechen. Nehmen wir z. B. an, es seien A. auf die Hälfte, B. auf ein Viertel, C. auf ein Achtel und D. auf ein Achtel zu Erben ernannt und sie allein collectivisch zu demselben Prälegate berufen, so muß nach der richtigen, im vorigen Capitel verfochtenen Ansicht Jeder der vier Erben aus der Erbmasse ein Viertel vom Prälegate erhalten. Wenn aber z. B. der A. zwar die Erbschaft antritt, aber das Prälegat ausschlägt, so entsteht nun die Frage, wo bleibt das durch seine Renuntiation vacant gewordene Viertel? Nach unserer Ansicht wächst es den übrigen Prälegatarien zu [37]); nach der Behauptung **Schneider's** müßte es in der Erbschaft bleiben und demnach allen Erben, also zum Theil auch dem Repudianten gegen seinen Willen wieder zufallen. Ein solches Aufdrängen eines zurückgewiesenen Rechts kann unmöglich in

35) *v. d. Pfordten* Diss. p. 78, 79; **Vangerow** Leitfaden Bd. 2 S. 436.

36) Das Anwachsungsrecht S. 87.

37) Dieß ist auch die gewöhnlichste Ansicht. Man vgl. z. B. *Henricus a Suerin* de usufructu accrescendo in *Otto* Thes. T. IV p. 314, der sich für seine Behauptung, daß eine coniunctio zwischen Denen Statt finde, die uno nomine appellativo vocantur, auf fr. 13 pr. De hered. inst. 28, 5 beruft.

dem Sinne und Geiste der Römischen Jurisprudenz gelegen haben.

Die Existenz aller dieser bisher aufgestellten Anwendungsfälle des gewöhnlichen Anwachsungsrechts ist von Mayer [38]) geleugnet, indem er behauptet: da jedes Prälegat als solches nur in Bezug auf die Antheile der Miterben des Bedachten Wirksamkeit habe, und der bedachte Theilerbe auch nur für die Erbesantheile der Miterben das Legat rechtlich ansprechen dürfe, so folge daraus, daß jeder Prälegatar nicht an die ganze Erbschaft, sondern nur an seine Miterben, also Jeder an verschiedene Personen, Keiner zu dem Ganzen berufen sey, also ihre Theile am Vermächtnisse nicht concursu entstünden; diese Ansicht [39]) werde bestätigt durch eine richtige Interpretation der Paragraphen 86 und 87 in den Vatikanischen Fragmenten. Hier ist zwar von dem für den Niesbrauch eigenthümlichen Anwachsungsrechte die Rede; da aber dessen Eigenthümlichkeit nur in der Zeit der Anwachsung besteht, daß sie auch nach dem bereits geschehenen Erwerbe noch möglich ist, sonst aber in den Voraussetzungen ganz gleich dem gewöhnlichen Anwachsungsrechte ist, so lassen sich von diesem später eintretenden Anwachsungsrechte allerdings auch auf das früher eintretende regelmäßige giltige Rückschlüsse machen. Diese Behauptung Mayer's müssen wir dadurch prüfen, daß wir die genannten beiden Paragraphen, die zu den schwierigsten der Vatikanischen Fragmente gehören, Satz für Satz (in den folgenden Noten abgedruckt) erläutern [40]).

---

38) Das Recht der Anwachsung S. 120 ff.

39) Witte in Weiske's Rechtslexikon Bd. 1 S. 316 Note 212 hat sie auch zu der seinigen gemacht. — S. dagegen noch unten zu Note 84 ff.

40) Im Ganzen folgen wir dabei der gelungenen Interpretation

Ulpian[41]) erörtert hier die Aeußerung des Sabinus: **si uxori cum liberis[42]) ususfructus legetur, amissis liberis eam habere**, d. h. wenn einer Frau sammt ihren beiden Kindern der Niesbrauch an einem Gute legirt sey, so werde sie, wenn sie beide Kinder verloren, den Niesbrauch ganz für sich allein haben. Daß nemlich nur zwei Kinder in diesem Falle des Sabinus vorausgesetzt sind, beweist der wiederholte Gebrauch des Wortes **alter** in dieser Darstellung[43]), ganz augenscheinlich aber der Schlußsatz: **mater adversus utrumque[44]) ius adcrescendi habet.** Ulpian stellt nun die Bemerkung voran, es sey aus diesen Worten des Sabinus keineswegs ersichtlich, ob er sich die beiden Kinder als Legatarien gedacht habe oder nicht[45]), also noch weniger, im Falle sie als Legatarien gelten sollen, welche Form des Legates gemeint sey. Ulpian sondert daher das Vindikations- und das Damnationslegat und in jedem dieser beiden Fälle, ob die Mutter allein die Vermächtnißnehmerin ist oder ob auch die beiden Kinder als Legatarien vom Erblasser berufen sind; und zwar sagt er:

Mayer's a. a. O. S. 120...123, ohne aber seinen aus dieser Erklärung gezogenen Consequenzen unsere Zustimmung zu geben.

41) Daß Ulpian diese Paragraphen geschrieben, beweist ihre Uebereinstimmung mit fr. 8 De usufr. accrescendo 7, 2 (Note 69).

42) Von einer solchen Verbindung gelten die Worte des Paulus im fr. 81 pr. De condit. et dem. 35, 1 illam coniunctionem non ad coniungendam conditionem, sed ad necessitudinem demonstrandam pertinere, oder die Ulpians selbst im fr. 13 § 3 De manum. testam. 40, 4: haec adiecto: cum filiis (fr. 121 De legatis I cum liberis) non facit conditionem.

43) si alteri ab altero legetur .... alter pro alterius portione ....

44) Nichtsdestoweniger nimmt Reinhardt Ergänzungen zu Glück's Commentar Bd. 3 S. 136 hier mehr als zwei Kinder an.

45) Sabinus certe istis verbis non ostendit, utrum legatarii fuerint nec ne.

Digitized by Google

Ist der Niesbrauch der Mutter

I) als Vindikationslegat hinterlassen und sind die Kinder auch Legatarien [46], so hat nach dem Tode beider Kinder die Mutter den vollständigen Niesbrauch vermöge des Anwachsungsrechtes [47]; sind aber die Kinder in diesem Falle nicht Legatarien, so hat sie ja augenblicklich den ganzen Niesbrauch, indem die Kinder nur faktisch, nicht juristisch an dem Niesbrauche participiren [48]. Für den Fall des Vindikationslegates hat also Sabinus durchaus Recht [49].

---

46) Ulpian hebt nicht ausdrücklich hervor, ob die Kinder zugleich Erben ihres Vaters sind. Daß er aber sie als Erben angenommen, zeigt die Betrachtung des Nebenfalles, wenn die Mutter vor ihren Kindern gestorben. Wären hier in dem Hauptfalle die Kinder nicht zugleich als Erben angesehn, so würde Ulpian nur die beiden möglichen Rücksichten hervorgehoben haben, ob die Kinder Legatarien wären oder nicht; aber er hat drei genannt: si legatarii, si heredes, si nec heredes fuerunt nec legatarii, und der erste von diesen drei Fällen, der mit unserm parallel läuft, läßt sich am Besten durch den Gegensatz mit dem dritten dahin feststellen: si et legatarii et heredes fuerunt. Auch spricht die Wahrscheinlichkeit schon immer dafür, daß Kinder die Erben ihres Vaters sind, wozu im vorliegenden Falle noch die Sorge des Vaters für die Kinder bei dem der Mutter hinterlassenen Niesbrauche hinzukommt. *Henricus a Suerin* de usufructu accrescendo in *Otto* Thes. Tom. IV p. 114 ff. nimmt in dem aus unsern Paragraphen gebildeten fr. 8 De usufr. accresc. 7, 2 als sich von selbst verstehend an, daß die Kinder Erben ihres Vaters sind; Azo erklärt diesen Umstand für gleichgiltig.

47) Et siquidem do lego legetur, tametsi quia filios legatarios acceperit, sine dubio locum habebit propter ius accrescendi.

48) Sed si legatarii non fuerint, multo magis, quoniam partem (d. h. partitionem, deminutionem *Dirksen* Manuale v. pars § 3) ei non fecerunt, tametsi cum ea uterentur. So heißt es bei Cicero pro Caecina cap. 4: usumfructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat, ut frueretur una cum filio.

49) Hier zeigt sich eine Anwendung des Anwachsungsrechts zu Gunsten eines simpeln Legatars gegen Prälegatarien.

Ehe nun Ulpian zur Betrachtung des Damnationslegates übergeht, schaltet er eine nahe liegende Frage ein: wenn nemlich der Mann seiner Frau sammt den Kindern den Niesbrauch legirt hat, und nun die Mutter nach erworbenem Legate aber vor den Kindern stirbt, ob in diesem Falle die Kinder nach dem Tode der Mutter den Niesbrauch ganz haben? Die Antwort gibt er hier nur für den Fall, wenn das Vermächtniß ein Vindikationslegat war, aber mit Berücksichtigung aller dabei möglichen Fälle. Er sagt: waren die Kinder auch Legatarien, so haben sie den Niesbrauch ganz vermöge des Anwachsungsrechts [50]). Dieser Grund fällt aber fort, wenn sie nicht Legatarien waren; und für diesen Fall ist eine doppelte Voraussetzung möglich. Das Grundstück, an welchem der Niesbrauch hinterlassen ist, gehört entweder zur Erbschaft der Kinder oder nicht. Im ersten Falle erwerben die erbenden Kinder durch Consolidirung den Niesbrauch zu ihrer bisherigen Proprietät; im zweiten Falle, wo sie weder Erben noch Legatarien sind, consolidirt der Niesbrauch bei dem fremden Proprietar, und die Kinder verlieren ihren faktischen Mitgenuß am Nießbrauch durch den Tod der Mutter gänzlich [51]).

Nach dieser Einschaltung betrachtet Ulpian den zweiten möglicherweise von Sabinus vorausgesetzten Fall, wenn der Niesbrauch der Mutter

II) als Damnationslegat hinterlassen war. Sind hier die Kinder zugleich Legatarien, so hat Jeder von Anfang an

50) Matre autem mortua, siquidem legatarii fuerunt, soli habebunt iure accrescendi. Hier zeigt sich dagegen eine Anwendung des Anwachsungsrechts zu Gunsten der Legatarerben gegen einen simpeln Legatar.

51) si heredes, non iure adcrescendi, sed iure dominii, si fundus eorum sit, ipsis adcrescit, sin minus, domino proprietatis; sed si nec heredes fuerunt, nec legatarii, nihil habebunt.

und behält stets einen Theil des Niesbrauchs, wenn auch Einer oder der Andere durch den Tod wegfallen sollte [52]), d. h. von einem Anwachsen zwischen den Kindern auf der einen und der Mutter auf der andern Seite kann wegen der Natur des Damnationslegates [53]) nicht die Rede sein [54]).

Waren aber die Kinder in diesem Falle nicht Legatarien, so hat die Mutter stets, auch schon wenn die Kinder noch leben, den ganzen Niesbrauch [55]).

Jetzt geht Ulpian darauf ein, zu zeigen, wie Julian im fünf und dreißigsten Buche seiner Digesten den oben hingestellten Satz des Sabinus verstanden habe. Julian, sagt er, habe denselben auf den Fall beschränkt, wenn die Kinder, als die einzigen Testamentserben ihres Vaters [56]), nicht auch zugleich Legatarien sind, so daß die Worte des Sabinus cum liberis nur den Fall der faktischen Theilnahme der Kinder an dem

---

52) quodsi per damnationem fuerit ususfructus legatus matri, siquidem legatarii sunt filii, partes suut. Die Aenderung des letzten Wortes in fiunt (Cramer's kleine Schriften, herausgegeben von Ratjen Einleitung S. LXIV) ist unnöthig, ebenso in habebunt, was Hollweg vorschlägt.

53) Mayer a. a. O. S. 123 § 3.

54) Sollte die Mutter Erbin sein, was nicht anzunehmen ist, so könnte sie iure dominii die beim Wegfallen ihrer Kinder vakant gewordenen Theile des Niesbrauchs durch Consolidirung erwerben, wenn das Grundstück zur Erbschaft gehörte; stand aber das Grundstück in dem Eigenthume eines Fremden, so werden die wegfallenden Theile des Niesbrauchs in dessen Person consolidiren.

55) Si non sunt (scil. filii legatarii), sola mater legataria est, nec mortalitas liberorum partem ei facit (d. h. affert vgl. z. B. fr. 1 De in diem addictione 18, 2: meliorem conditionem fecerit. *Dirksen* Manuale v. facere § 5).

56) Im nächsten Paragraphen ist davon die Rede, daß Kinder und Fremde zu Erben neben einander eingesetzt sind.

Niesbrauche der Mutter bezeichnen sollten [57]). Als Grund dieser beschränkten Auffassung gibt Julian folgendes Räsonnement an. Die Ansicht des Sabinus ist unter dieser Voraussetzung stets richtig, gleichgiltig, wie der Mutter der Niesbrauch legirt sein mag; sie wäre aber nicht unbedingt richtig, wenn man auch die Kinder für Legatarien erklären wollte. Denn im Falle des Damnationslegates würde die Mutter beim Absterben ihrer Kinder aus streng juristischen Prinzipien nur einen Theil des Niesbrauchs nach wie vor haben; es würde also für diesen Fall die Ansicht des Sabinus unrichtig sein [58]). Jetzt fährt Ulpian so fort: **proposuit Iulianus vel do lego legatum usumfructum, vel per damnationem.** Diese beiden proponirten Fälle hat aber Ulpian nicht für gut befunden, ganz zu excerpiren [59]); er referirt jedoch den Gedankengang **(sic sensit)** Julians dahin: wenn die beiden Kinder einzige Erben und zugleich Legatarien gewesen wären, so hätte selbst beim Vindikationslegate kein Anwachsungsrecht [60]) zwischen diesen Kindern [61]) hinsichtlich des Legates Statt gefunden, gerade

57) Iulianus lib. XXXV relata Sabini scriptura ait, intelligendum eum, qui solos liberos heredes scribit, non ut legatariorum fecisse mentionem, sed ut ostenderet, magis matrem ita se velle frui, ut liberos secum habeat.

58) alioquin, inquit, in damnatione ratio non permittebat ius adcrescendi.

59) Die Meinung Julians über den Fall des Damnationslegates haben wir jedoch theils in den in der vorigen Note abgedruckten Worten, theils durch das Wörtchen quoque angedeutet im § 88 der Vatikanischen Fragmente.

60) *Heimsoeth* Diss. de usufructu accrescendo. Coloniae 1831 p. 49.

61) Denn dieser Fall scheint vorzüglich jetzt von Ulpian nach Julian berücksichtigt zu werden, da mit den Worten „als wäre dem Einen von dem Andern legirt" nur ihr beiderseitiges Verhältniß und nicht zugleich das gegen ihre Mutter bezeichnet wird.

so, als wenn[62]) das eine Kind an das andere zur Realisirung des Legates gewiesen wäre[63]). Diese Ansicht Julians bestätigt Ulpian, indem er so fortfährt: Weil die Anweisung des Legatars an sich selbst als Erben erfolglos ist, so kann zwischen den beiden einzigen Erben und Prälegatarien gar keine Concurrenz (kein **concursu partes fieri**) und kein Anwachsungsrecht Statt finden[64]). Er modificirt dieselbe Ansicht aber auch, indem er hinzufügt: ganz allgemein ist das Anwachsungsrecht nicht zu leugnen, im Falle daß die Kinder mit ihrer Mutter (do lego) Legatarien sind; denn mit ihrer Mutter findet allerdings eine Concurrenz, wenn auch schon nicht auf das ganze Legat Statt. Denn ungeachtet, so können wir sagen, der eine Bruder den Theil des andern Bruders durch Anwachsung gewonnen, so kann der Eine, wenn später der Andere wegfällt, doch nur einen solchen Theil ge-

62) atque si. Hand im *Tursellinus* de particulis v. atque bemerkt, daß die Juristen häufig sich der Verbindung atque si für aeque si bedienen, z. B. fr. 4 § 3 D. 2, 14, fr. 76 D. 23, 3, besonders noch wenn perinde vorangeht Gaius II, 195, 197; Ulpiani tituli I, 12, II, 5; fr. 18 pr., fr. 24 D. 29, 4; fr. 17 § 2 D. 47, 2; fr. 205 D. 50, 17.

63) et sic sensit quasi legatarii sint et heredes soli, in do lego legato non esse ius adcrescendi, atque si alteri ab altero legetur. Daß nach diesen Worten, an welchen sich die Kritik mannigfach versucht hat, ein Punkt komme, schlägt Mayer a. a. O. S. 122 Note ** vor. Ihm tritt *Bruns* Quid conferant Vaticana Fragmenta etc. p. 109 bei.

64) Quoniam a semetipsis inutiliter legatum est, sibi non concurrunt. Der Tod also eines Bruders ändert an der Legatsportion des andern Bruders Nichts. *Henricus a Suerin* de usufructu accrescendo in *Otto* Thes. Tom. IV p. 116 spricht von zweien zur Erbschaft und zugleich zum Legat des Niesbrauchs Berufenen: **sic neuter a se capiet, in effectu denique altero deficiente ius accrescendi inter se habebunt, nec ad heredem deficientis pars perveniet.**

winnen, welchen der Andere ihm durch seine Concurrenz entzogen hat. Denn das Anwachsungsrecht ist nur darauf basirt, daß ihm Dasjenige ganz vermacht ist, was ihm die Concurrenz des Andern entzogen. Es ist nun hier aber nicht die Concurrenz, sondern ein anderer Rechtsgrund (die Regel **nemini a se ipso legari potest**) die Ursache seines Verlustes, und deshalb kann er den von seiner Erbportion zu leistenden Theil des Prälegates durch das spätere Wegfallen seines Collegen nicht gewinnen [65]). Nehmen wir also an, der Sohn A. wäre auf drei, der Sohn B. auf neun Uncien Erbe, und Beide wären auch die einzigen Vindikationslegatare, so hat der A. von seinem Bruder B. $^3/_8$ nach eigenem Rechte und $^3/_8$ nach dem Rechte der Anwachsung, weil B. Nichts von sich selbst haben darf; der B. hat dagegen von A. $^1/_8$ nach eigenem Rechte und ebenfalls $^1/_8$ nach dem Rechte der Anwachsung, weil auch A. Nichts von sich selbst erwerben kann [66]). Fällt nun später nach dem Erwerbe der B. fort, so kann der A. dessen Viertel nicht durch Anwachsung erwerben, weil dasselbe ja ursprünglich unmöglich ihm zustehn konnte, da er es selbst zu leisten hatte. Werden aber dieselben Bestimmungen gelten, wenn der B. schon vor dem Erwerbe als Prälegatar fortfällt, weil er das Legat repudiirt? In diesem Falle wird der A., als einziger Prälegatar, von B. wie in dem ebengenannten Falle iure legati $^6/_8$ haben, und die andern $^2/_8$ wird er nicht zu zahlen nöthig haben, sondern sie werden

65) So die Ergänzungsblätter zur Allgemeinen Hallischen Literaturzeitung Januar 1840 Nr. 7 S. 56. Vgl. *Aegidius Hortensius* Commentarius ad tit. et singul. leges Dig. de usufr. adcresc. ad l. 8. Francofurti 1604 p. 220.

66) Hier ist nemlich derselbe Fall, welchen wir unten zu Note 84 im fr. 34 § 12 De legatis I betrachten werden, in welchem das eigenthümliche Anwachsungsrecht der Prälegate zur Sprache kommt.

jetzt **hereditario iure** bei ihm als dem belasteten Erben zurückbleiben, weil auf sie kein Anderer ein Recht hat. Ein Anwachsungsrecht in dem gewöhnlichen Sinne findet also in diesem Falle, wenn nur zwei Erben und dieselben auch zugleich die einzigen Legatarien sind, nicht zwischen Diesen Statt, wenn der Eine das Prälegat ausschlägt. Dieß, aber auch nicht mehr, wird durch die erörterten beiden Paragraphen für die Ansicht von Mayer bewiesen [66a]). Denn anders verhält sich die Sache schon, wenn mit diesen beiden Legatarerben ein Nichterbe, hier die Mutter, concurrirt. Sey wiederum A. auf drei Uncien, B. auf neun Uncien Erbe, so ist A. mit seiner Mutter nur **re et verbis coniunctus legatarius** auf die neun Zwölftel des Niesbrauchs, welche der Erbportion des B. entgehn, nicht aber auf den ganzen Niesbrauch; und die Hälfte jener neun Zwölftel ist es, welche ihm, wenn die Mutter nach dem Erwerbe ihres Legates stirbt, nach dem Rechte der Anwachsung zufällt. Ebenso ist der Sohn B. nicht auf den ganzen Niesbrauch, sondern nur auf das Viertel, welches er mit seiner Mutter von dem Erbtheile seines Bruders A. zu bekommen, **re et verbis coniunctus legatarius** derselben, so daß beim Ableben der Mutter ihm nur die zweite Hälfte dieses Viertels, welches seiner Mutter zustand, zuwächst [67]). Der Mutter endlich steht gegen beide Kinder

66a) Von der Eigenthümlichkeit dieses Falles in Beziehung auf den einfachen Erwerbtitel ist schon im dreizehnten Capitel vor Note 122 die Rede gewesen.

67) **matri vero non in totum concurrunt, sed alter pro alterius portione (scil. hereditaria) et in eo duntaxat erit ius adcrescendi.** Fällt daher auch die Mutter fort, nachdem sie bereits durch den Tod des A. drei Viertel des Niesbrauchs hat, so wird der überlebende Sohn **iure accrescendi** doch nur sein Viertel voll erhalten; die andern drei Viertel werden ihm nach dem oben Gesagten nur **consolidationis iure** zufallen können.

das Anwachsungsrecht zu, weil sie sowohl mit dem Einen auf drei Viertel des Niesbrauchs, als auch mit dem Andern auf ein Viertel des Niesbrauchs (nicht aber auf das Ganze mit Beiden, als mit einem Paare) **re et verbis coniuncta** ist [68]).

Das Resultat der Auslegung dieser beiden Paragraphen der Vatikanischen Fragmente besteht also für die vorliegende Frage einzig und allein darin, daß in dem Falle, wenn nur zwei Erben sind und dieselben der Testator auch zugleich allein zu demselben Prälegate berufen hat, der eine Prälegatar, wenn der andere wegfällt, nicht **iure accrescendi** diese ausfallende Portion erwirbt. Aber weiter läßt sich diese Ausnahme von dem gewöhnlichen Anwachsungsrechte nicht ausdehnen. Denn wenn noch eine dritte Person, eine nicht erbende, mit diesen beiden Prälegatarien konkurrirt, so findet nach den ausdrücklichen Worten Ulpians das Anwachsungsrecht Statt.

Der Inhalt der eben erklärten Paragraphen ist theils unrichtig generalisirt, theils unrichtig in literarhistorischer Rücksicht in das Justinianeische Recht als **fr. 8 De usufructu accrescendo** [69]) übergegangen. Die unrichtige Generalisirung

---

68) **mater tamen adversus utrumque ius adcrescendi habet.**

69) **Ulpianus libro XVII ad Sabinum. Si mulieri cum liberis suis ususfructus legetur, amissis liberis ea usumfructum habet; sed et matre mortua liberi eius nihilominus usumfructum habent iure adcrescendi. Nam et Iulianus libro trigesimo quinto** (schon Haloander hat diese richtige Zahl) **Digestorum ait, idem intelligendum in eo, qui solos liberos heredes scripserit, licet non ut legatarios eos nominaverit, sed ut ostenderet, magis velle se matrem ita frui, ut liberos secum habeat fruentes.** Wörtlich: wenn einer Mutter mit ihren Kindern der Niesbrauch legirt wird, so hat sie nach dem Verluste ihrer Kinder den Niesbrauch (ganz); und wenn die Mutter gestorben ist, so haben ihre Kinder nichtsdestoweniger den (ganzen) Niesbrauch durch das Anwachsungsrecht. Denn auch Julian im fünf und dreißigsten Buche seiner Digesten sagt, ebendasselbe

zeigt sich darin, daß bei dem Tode der Mutter der ganze Niesbrauch den Kindern iure accrescendi zufallen soll. Denn abgesehn davon, daß ius accrescendi hier sowohl das eigentliche Anwachsungsrecht, als auch das Zusammenfallen des Niesbrauchs mit der Proprietät, also doppeltes bedeuten muß, ist die Wahrheit dieses dem Ulpian in den Mund gelegten Ausspruches gänzlich zu leugnen, sowohl wenn die Kinder weder Erben noch Legatarien sind, als auch wenn ein Fremder Proprietar an dem Objekte des Niesbrauchs ist (s. Note 51). Die Unrichtigkeit aber in literarhistorischer Beziehung ist dadurch bewirkt, daß hier das Wort idem vor intelligendum von den Compilatoren eingeschaltet ist [70]). Denn nach dem Zusammenhange, in welchem dieser Satz idem intelligendum etc. mit dem vorhergehenden steht, können wir darunter nur Folgendes verstehn. In dem Falle, wenn Jemand seiner Frau sammt ihren Kindern den Niesbrauch in der Absicht hinterlassen hat, daß die Kinder nicht Legatarien sein, sondern nur faktisch an dem Niesbrauche der Mutter Theil nehmen dürfen, soll die Mutter beim Tode ihrer Kinder und sollen die Kinder beim Tode ihrer Mutter ebenfalls den ganzen Niesbrauch durch das Anwachsungsrecht haben. Aber eine solche sich nothwendig aus den jetzigen Worten dieser Stelle ergebende Ansicht [71])

---

müsse bei Dem gelten, welcher allein seine Kinder zu Erben eingesetzt habe, obschon er sie nicht als Legatarien bezeichnet, sondern mehr um zu zeigen, es sey sein Wille, daß die Mutter in der Weise den Niesbrauch ausübe, daß sie ihre Kinder als Theilnehmer daran um sich habe.

70) *Heimsoeth* de usufr. accrescendo p. 50 spricht bereits von einer nimia mutatio dieses Fragments. Hätte Luden die Lehre von den Servituten S. 195 die Quelle dieses Fragments gekannt, so würde er nicht zu so auffallenden Schlüssen aus den Worten dieses Fragments gekommen sein.

71) *Accursius* in der Glosse zu dieser Stelle v. intelligen-

ist eine unrichtige[72]. Denn sterben oder leben die Kinder, ihre Mutter hat ja immer den Niesbrauch ganz; ihr kann also nichts mehr anwachsen; und stirbt wiederum die Mutter, so kann auch den Kindern nicht durch das Anwachsungsrecht der Niesbrauch zufallen, da sie bis dahin gar keinen Antheil an demselben hatten. Es ist daher durch diese ganz gedankenlose Einschaltung des Wortes idem eine Meinung dem Julian aufgebürdet, die er keineswegs hatte und auch unmöglich haben konnte.

Die oben aufgestellten Regeln waren diejenigen, welche die Prälegate mit den simpeln Legaten gemeinsam haben. Nun ist aber noch eine zweite Art von Anwachsung zu betrachten, welche als eine Folge der Regel **nemini a se ipso legari potest** angesehn werden muß, und welche daher nicht weiter gehn kann, als der Einfluß dieser Regel reicht. Nun haben wir aber bereits gesehn[73], daß diese Regel nur in folgenden, den einfachsten, Fällen sich zeigt:

1) Wenn ein Universalerbe als Prälegatar mit Fremden concurrirt: In diesem Falle bekommt der Fremde, wenn er das Legat nicht ausschlägt, die eine Hälfte **proprio iure**, die andere Hälfte fällt ihm, wenn der Prälegatar die Erbschaft antritt[74], **accrescendi iure** zu[75]. Als Beweis hiefür kann

---

dum; *Henricus a Suerin* de usufructu accrescendo in *Otto* Thesaurus Tom. IV p. 114.

72) Dieß hat schon *Aegidius Hortensius* bemerkt Commentarius ad tit. et singulas leges De usufr. accresc. ad l. 8. Francofurti 1604 p. 218, 219.

73) Im sechsten Capitel zu Note 108 ff.

74) Synoptica tractatio de iure accrescendi autore *Matthia Stephani*. Rostochi 1623 cap. 18.

75) *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 4; *Pfeiffer* Diss. § 16; *v. d. Pfordten* Diss. p. 74; Lang Lehrbuch des Römischen Rechts (zweite Ausgabe) § 397.

fr. 34 § 11 De legatis I [76]) dienen, dessen Schlußworte, wenn wir sie mit dem § 8 I. de legatis [77]) vergleichen, auf das Anwachsungsrecht hinweisen [78]). Nur ist freilich hier von keinem Anwachsungsrechte unter Prälegatarien die Rede [79]). Ist der Universalerbe allein zu einem Prälegate berufen, so versteht es sich von selbst, daß hier, wo es an einem Collegatar fehlt, die Anwendung des Anwachsungsrechts unmöglich ist [80]).

2) Wenn einer von zweien oder mehreren Erben zugleich mit einem oder mehreren Fremden zu demselben Prälegate berufen ist, so fällt die Quote des Prälegates, welche auf dem Erbtheile des Prälegatars lastet, ganz dem oder den simpeln Legatarien zu. Auch in diesem Falle, für welchen fr. 116 § 1 De legatis I [81]) die Beweisstelle ist, findet das Anwachsungsrecht, wenn der Erbe das Prälegat erwirbt, nur zu

76) Si duobus sit legatum, quorum alter heres institutus sit, a semetipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit.

77) Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim, sive disiunctim: .... si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet.

78) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 34 § 11 cit. nr. 5.

79) Wenn später nach erworbenem Legate bei einem etwanigen Legate des Niesbrauchs der Fremde wegfällt, so kann der Erbe nicht durch das Recht der Anwachsung, sondern durch das der Consolidation den Niesbrauch erwerben. Vaticana Fragmenta § 86; s. oben Note 51 und 67.

80) *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis ad l. 17, 18. Certa re legata uni ex duobus heredibus, eum partem unam dumtaxat capere iure legati, a coherede scilicet, partem alteram retinere iure hereditario, si coniunctum non habeat, vel eam accrescere coniuncto.

81) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 75.

Gunsten der simpeln Legatarien Statt [82]). In diesem Falle wird aber auch sogar dann, wenn einer der fremden Legatarien ausfällt, nicht gleichmäßig, auch nicht nach Verhältniß der ohne diesen Ausfall vorhandenen Größe der Legatsportionen getheilt, sondern nach eigenthümlichen Verhältnissen. Legen wir den Fall des fr. 116 § 1 zu Grunde, wo einer von zwei Hälfterben und zwei Fremde zum Prälegate berufen waren, und Jener zwei, von Diesen Jeder fünf Zwölftel bekommen sollte, so muß nun, wenn ein Fremder wegfällt, der Erblegatar drei Zwölftel und der andere Legatar neun Zwölftel bekommen. Denn von seiner eigenen Erbhälfte kann Jener gar Nichts erhalten, sondern er muß alle sechs Zwölftel seinem Collegatar überlassen; dagegen von seinem Miterben kann er gerade wie sein Collegatar drei Zwölftel vindiciren [83]).

82) Lang Lehrbuch des Römischen Rechts (zweite Ausgabe) § 397. *Groenewegen* de abrogatis legibus in Hollandia ad fr. 116 cit. will eine solche Romani iuris scrupulosa subtilitas a mente testatoris et nostrorum morum simplicitate aliena abrogiren und Jedem der drei zum Vermächtnisse Berufenen ein Drittel von demselben zuweisen, ne dum nimia utimur circa huiusmodi sensus subtilitate, iudicia testantium defraudentur.

83) *Pfeiffer* Diss. § 17; *v. d. Pfordten* Diss. § 24 p. 80. Zu demselben Resultate gelangen wir, nur auf einem etwas verschiedenen Wege, wenn bei dem ususfructus legatus der eine Legatar nach dem Erwerbe des Legates wegfällt. Der Erblegatar A. hat nemlich von seinem Miterben B. (Beides sind Hälfterben) zwei Zwölftel, Jeder der beiden Fremden (C. und D.) hat von A. ein Viertel, von B. ein Sechstel, zusammen also fünf Zwölftel; wenn nun C. später stirbt, so kann man weder sagen, seine fünf Zwölftel fallen dem A. und dem D. zu gleichen Theilen zu, noch in dem Verhältniß, wie zwei zu fünf, sondern das Verhältniß ist wie eins zu vier. Denn A. kann auf das aus seiner Erbportion herrührende Viertel nicht Anspruch machen, so daß dieß nothwendig ganz dem D. zufällt; aber auf das Sechstel von B. concurrirt er gleichmäßig mit D., so daß er zu seinem Sechstel ein Zwölftel hinzubekommt, während D. zu seinen

3) In dem dritten und letzten durch fr. 34 § 12 De legatis I [84]) bewiesenen Falle, wo der Prälegatarien und Erben nur zwei sind, ist es für das Anwachsungsrecht an und für sich vollkommen gleichgiltig, ob die Erben mit verschiedenen Erbtheilen bedacht sind oder mit gleichen. Immer wird hier die Quote des Prälegates, welche auf dem Erbtheile des einen Erben, der zugleich Prälegatar ist, lastet, ganz dem andern Erben und Prälegatar zufallen und umgekehrt [85]). Man könnte annehmen, es sey in dem vorliegenden Falle kein Anwachsungsrecht möglich, weil hier keine ursprüngliche Concurrenz auf das ganze Prälegat Statt findet, sondern nur ein Prälegatar an den andern, also jeder an eine verschiedene Person gewiesen ist [86]). Allein vergleichen wir die bereits erklärten Paragraphen der Vatikanischen Fragmente, so heißt es nicht etwa daselbst, es sey wirklich bei zweien Erben, die zugleich Legatarien sind, der Eine nur an den Andern hinsichtlich des Legates gewiesen, sondern es stimme nur das praktische Resultat in beiden Fällen überein [87]). Legen wir nun, um die Art der Vertheilung zu zeigen, das im fr. 34 § 12 De legatis I enthaltene Beispiel zum Grunde, wo A. auf ein, B. auf eilf Zwölftel zur Erbschaft berufen ist, und Beide die einzigen Prälegatarien in demselben Grundstücke sind! A. muß, da er ein Zwölftelerbe ist, auch eine eben so große

---

fünf Zwölfteln sowohl ein Viertel als ein Zwölftel empfängt, also im Ganzen jetzt neun Zwölftel hat.

84) Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex unciis, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

85) *Pfeiffer* Diss. § 9.

86) unde fit, ut inter eos ius adcrescendi non sit fr. 11 De usufr. adcrescendo 7, 2.

87) atque si altero ab altero legetur. Vgl. oben Note 62, 63.

Quote zu dem Legate beitragen, wovon nach dem Prinzipe der gleichmäßigen Vertheilung ihm die eine, dem B. die andere Hälfte zufallen würde. Allein da A. nach dem hier geltenden Grundsatze **heredi a semetipso legari nequit** diese Hälfte von sich selbst nicht erwerben kann, so wächst sie dem B. zu, der also nicht bloß $\frac{1}{2}\frac{1}{4}$, sondern $\frac{1}{1\,2}$ von dem Prälegate aus der Erbportion des A. hat. B. muß nun ebenfalls eine eben so große Quote, als seine Erbportion beträgt, zu dem Prälegate beitragen, und es würde also sowohl ihm selbst als dem A. Jedem $\frac{1}{2}\frac{1}{4}$ nach dem Prinzipe der gleichen Vertheilung zufallen; aber da die erwähnte Regel ihm entgegensteht, so müssen seine zweiten $\frac{1}{2}\frac{1}{4}$ ebenfalls dem A. durch dieß eigenthümliche Anwachsungsrecht zufallen, so daß dieser $\frac{1}{1\,2}$ vom Prälegate, also eine eben so große Portion, als die Erbquote seines Collegatars und Miterben beträgt, empfängt.

Eine weitere Anwendung, als die in den eben bezeichneten Fällen, kann diesem Anwachsungsrechte nicht zugestanden werden, obwohl die gewöhnliche Meinung dieß annimmt[88]). Allein schon der Umstand, daß deren Vertheidiger bald nur auf die eine oder die andere der drei eben citirten Stellen **fr. 34 § 11, § 12, fr. 116 § 1 De legatis I** oder auf alle drei sich stützen[89]), zeigt, daß gar kein Grund vorhanden ist, die-

---

88) Man vgl. *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis I ad l. 17, 18 (oben Note 80); *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 § 12 p. 467, p. 470; *Pfeiffer* Diss. § 16; Nettelbladt Prälegate S. 59, 64; Schweppe Römisches Privatrecht § 918; Seuffert Lehrbuch des Pandektenrechts § 605; Wening-Ingenheim Civilrecht Buch V § 70 (Ausgabe von Fritz § 456); *v. d. Pfordten* Diss. § 22, § 23; Froben Erläuterungen zu Thibaut S. 315, 316; K. A. Schneider das Anwachsungsrecht S. 87, 88; v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 431 ff.

89) Dieser Fall gibt eine Bestätigung für die Behauptung Savigny's (System Bd. 6 S. 218), wie im Römischen Rechte aller

ses Anwachsungsrecht, welches offenbar nur als eine Folge jener Regel **nemini a semetipso legari potest** erscheint, und dessen Anwendung daher in denselben Wirkungskreis gebannt ist, welcher von den Römischen Juristen dieser Rechtsregel eingeräumt ist, über diese Grenzen auszudehnen [90]). Da diese Rechtsregel mit dem Willen der Erblasser, ihrem durch ein Prälegat Honorirten das ganze Prälegat zuzuwenden, in offenem Widerspruche stand, so rechtfertigt sich schon daraus ihre beschränkte Anwendung. Aber auch auf folgende Weise möchte sich ihre Beschränkung auf die einfachsten Verhältnisse bei den Prälegaten erklären lassen.

Offenbar ist es, daß die Verfasser der Basiliken [91]) sich selbst in das einfache Verhältniß nicht finden konnten, wenn nur zwei Erben und Prälegatarien da waren, das Verhältniß der Erb- und Legats-Portionen umzukehren, und daß sie hier aus Mißverständniß dem Prälegatar eine eben so große Quote am Prälegate einräumten, als seine eigene Erbquote betrug. Nicht minder ist es bekannt, daß die Römer, selbst zur Zeit ihrer großen Classiker, ein wenig mathematisch gebildetes Volk waren [92]). Nun mußte aber die Regel **heredi a semetipso legari nequit** und das darauf gebaute civilistische Anwach-

---

Erfolg der Quellenforschung davon abhängt, die vorzugsweise entscheidenden Stellen herauszufinden, an die Spitze zu stellen und festzuhalten.

90) Eine moralische Schändlichkeit können wir aber mit Claussen in seiner Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 189 hierin nicht finden.

91) Basilica lib. 44 tit. 1 l. 33 nach Heimbach's Uebersetzung Bd. 4 S. 333 also: **Si duobus heredibus institutis, uno ex undecim unciis, altero ex uncia, res legata sit, unciarum undecim heres uncias undecim habebit legati: alter autem unciam.**

92) Schrader civilistische Abhandlungen. Zweite Abtheilung S. 180.

sungsrecht zu schwierigen Rechnungen führen, denen man dadurch entgieng, daß man die bei den simpeln Legaten herrschende Regel, nemlich die mit dem Willen des Testators harmonirende gleiche Vertheilung auch für die Prälegate aufrecht erhielt. Bleiben wir, um ein Beispiel anzuführen, bei dem Falle stehn, welchen Roßhirt [93]) erörtert. A. und C. sind Erben, Jeder auf drei und B. auf sechs Zwölftel; allen Dreien ist ein Prälegat von 3600 gegeben. Während nach unserer Ansicht über gleiche Vertheilung des Prälegates jeder der drei Erben 1200 erhält und zwar in der Art, daß mit Hilfe der Compensation [94]) nur aus des B. Erbportion je 300 an A. und an C. gezahlt werden, muß Roßhirt und mit ihm jeder Vertheidiger der gewöhnlichen Ansicht [95]) folgende weitläufige Rechnung anstellen. Zum Prälegate gehört erstlich der ganze Beitrag des A. mit 900, davon erhält der B. ein Drittel, also 300, ebensoviel der C., und die 300, welche der A. an sich zahlen müßte, fallen nach dem Rechte der Anwachsung zu gleichen Theilen an seine Collegatarien, so daß B. und C. durch A. Jeder 450 hat. Auf gleiche Weise wird ferner der aus 900 bestehende Antheil des C. an A. und B. an Jeden mit 450 vertheilt. Endlich hat B. 1800 beizusteuern; davon soll ursprünglich dem A. sowie dem C. Jedem 600 und ihm selbst ebensoviel zukommen. Diese letzten aber fallen nach dem Rechte der Anwachsung an seine Collegatarien zu gleichen Theilen, so daß sie aus der Erbportion des B. Jeder 900 haben. Demnach hat A. von C. und B. ursprünglich 300 und 600 und nach dem Rechte der Anwachsung 150 und 300, also im Ganzen 1350; ebenso C. nach

93) Vermächtnisse Bd. 1 S. 275, 276.

94) arg. fr. 22 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

95) Man vgl. K. A. Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 87, 88.

Google

denselben Ansätzen von A. und B. ursprünglich 600 und 300 und nach dem Rechte der Anwachsung 300 und 150, im Ganzen 1350; endlich B. ursprünglich von A. und C. 300 und 300 und nach dem Rechte der Anwachsung 150 und 150, in Summa 900.

Eine solche lange Rechnung — bei welcher das juristische Moment übersehn ist, daß die Prälegate nicht von den einzelnen Erben, sondern **e media hereditate** genommen werden sollen[96]) — mußte natürlich bei noch mehreren Erben ziemlich abschreckend für Nichtmathematiker werden. Hiezu kommt aber noch, daß, hätten die Römischen Juristen sich zu der allgemeinen Anwendung der Regel **nemini a semetipso legari potest** und des mit ihr zusammenhängenden, den Prälegaten eigenthümlichen Anwachsungsrechts entschlossen, wahrscheinlich unter ihnen eine Frage zweifelhaft geworden wäre, die es unter den heutigen Vertheidigern dieses in einer zu großen Allgemeinheit angenommenen Anwachsungsrechtes ist, nemlich die, zu welchem Theile diese Anwachsung Statt finde, ob zu den Theilen, die Jeder am Prälegate habe[97]), oder zu den Erbtheilen[98]), oder zu Virilportionen[99]), oder, wie Vangerow sehr scharfsinnig ausführt, nach der wirklichen, rechtsbeständigen Größe der einzelnen Legatenantheile, so daß bei jedem

96) Derselbe Einwand steht auch der Berechnungsweise Merlin's (Repertoire de Jurisprudence Tom. XII p. 666) entgegen, der dasselbe Beispiel angibt und dem Resultate nach richtig, d. h. an Jeden gleichviel, aber auf folgende Weise vertheilt: A. und C. müssen Jeder zwei Zwölftel an B. zahlen, B. an A. und an C. an Jeden drei Zwölftel, und C. und A. müssen sich gegenseitig ein Zwölftel zahlen, wornach Keiner irgend etwas **hereditario titulo** retinirt.

97) *v. d. Pfordten* Diss. p. 78 vertheidigt diese Meinung.

98) *Donellus* Comm. 8, 21 § 12 wird so verstanden.

99) So will es Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 274 ff.

einzelnen Prälegatar Dasjenige abgerechnet wird, was er sich selbst hätte auszahlen müssen [100]). Diese Frage kann nach unserer Darstellung gar nicht aufgeworfen werden. Denn da nach unserer Ansicht nur in dem einzigen Falle dieß besondere Anwachsungsrecht zwischen Prälegatarien [101]) Statt finden kann, in welchem eine Zahl gerade von nicht mehr als zwei Miterben

100) Wir wollen zur Erläuterung dieser Meinung, welche wir, wenn eine von den oben genannten überhaupt richtig wäre, als die gelungenste anerkennen müßten, Vangerow's eigene Worte (Leitfaden Bd. 2 S. 433) benutzen: Gesetzt A. ist auf die Hälfte, B. und C. Jeder auf ein Viertel eingesetzt und allen Dreien ist ein Grundstück prälegirt, so muß die wirkliche Größe der drei ursprünglichen Legaten-Antheile aufgesucht werden. Da nun A. zu dem ihm an und für sich gebührenden Drittel selbst die Hälfte beitragen müßte, diese aber ungiltig ist, so bleibt sein eigentlicher Legaten-Antheil ein Sechstel oder zwei Zwölftel; der Legaten-Antheil des B. und ebenso der des C. beträgt drei Zwölftel, da Jeder zu seinem Drittel ein Viertel contribuiren müßte und dieß als ungiltig hinwegfällt. Das eine Sechstel, welches dem A. verloren geht, fällt aber durch Anwachsung an den B. und C. und zwar, da Beider Legaten-Antheil gleich groß ist (nemlich drei Zwölftel), zu gleichen Theilen, so daß Jeder von ihnen $\frac{1}{12} = \frac{5}{60}$ bekommt. Das eine Zwölftel aber, welches dem B. verloren geht, fällt nun zwar auch an den A. und den C., aber nicht zu gleichen Theilen, sondern so, daß A. zwei, C. aber drei Theile davon erhält, indem dieß das Verhältniß ihrer Legaten-Antheile ist. Hiernach bekommt also A. $\frac{2}{60}$ und C. $\frac{3}{60}$. Ebenso verhält es sich endlich mit dem einen Zwölftel, welches dem C. abgeht, so daß davon dem A. wieder $\frac{2}{60}$, dem B. aber $\frac{3}{60}$ zufallen, so daß im Ganzen A. $\frac{14}{60}$, B. $\frac{23}{60}$ und C. $\frac{23}{60}$ bekommen. Dagegen bei der von Roßhirt vorgeschlagenen Vertheilung nach Köpfen würde in diesem Falle A. $\frac{2}{8}$, B. $\frac{3}{8}$ und C. $\frac{3}{8}$ erhalten, oder wenn wir diese Brüche mit den Vangerowschen auf gleiche Nenner bringen, so würde A. nach Vangerow $\frac{28}{120}$, nach Roßhirt $\frac{30}{120}$, B. und C. nach Vangerow Jeder $\frac{46}{120}$, nach Roßhirt Jeder $\frac{45}{120}$ erhalten. Man vgl. Roßhirt's Zeitschrift Bd. 5 S. 270, 271, 273.

101) Denn in den von uns unter Nr. 1 und 2 aufgestellten Fällen findet, wenn der eine Prälegatar wegfällt, das Anwachsungsrecht nur unter simpeln Legatarien Statt.

und Collegatarien vorhanden ist, so muß natürlich Jeder von Beiden das Prälegat zu der Höhe der Erbquote des Andern empfangen.

Endlich haben einige Juristen [102]) über den Zeitpunkt des Anwachsens selbst in den gewöhnlichen Fällen eine eigenthümliche, aber wohl unrichtige Meinung. Es soll erst später (postea) Statt finden, nachdem das Vermächtniß schon (ab initio) deferirt war. Unmöglich kann diese Meinung mit einer richtigen Erklärung des fr. 116 § 1 De legatis I [103]) in Einklang gebracht werden, wo Florentinus Das, Was nach der Meinung dieser neuern Juristen erst später anwachsen soll, zugleich mit der ursprünglichen Quote anfallen und vindiciren läßt. Es heißt nemlich hier: die Fremden vindiciren von dem Legatarerben eine Hälfte des ganzen Legates und von dem andern Erben ein Viertel, ohne daß bei jener Hälfte die Zeitpunkte des Erwerbs nach eigenem Rechte und nach dem Rechte der Anwachsung unterschieden werden. Die richtige Ansicht ist diejenige, welche sich aus dem consequenten Festhalten an dem Grundprinzipe ergibt, daß der Ausfall eines Mitberufenen das Vermächtniß so vertheilen läßt, als wäre Jener niemals vorhanden gewesen [104]).

---

102) *v. d. Pfordten* Diss. p. 42 § 13. Es ist dieß eine richtige Folgerung aus den von Francke Beiträge S. 167 ff., Mayer das Recht der Anwachsung S. 266 ff., Witte das Preußische Intestaterbrecht S. 43 ff. aufgestellten, aber unhaltbaren Prinzipien.

103) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 75.

104) Glück Intestaterbfolge (zweite Ausgabe) § 150 Note 18 S. 573; Baumeister das Anwachsungsrecht S. 36 ff.; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 43 S. 273 ff.; Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 151.

Siebzehntes Capitel.

Der Einfluß der lex Falcidia.

Auf die Frage, wieviel erhält und behält der Prälegatar vom Prälegate, kann die **lex Falcidia** Einfluß haben und zwar in doppelter Weise. Es muß zuerst eine Zusammenrechnung aller im letzten Willen ausgesetzten Vermächtnisse erfolgen, um zu ermessen, ob ein Viertel jeder einzelnen Erbportion unbeschwert von Vermächtnissen bleibt oder nicht. Bei dieser Zusammenrechnung kann die Frage entstehn: sind die Prälegate (in ihrem ganzen Umfange) mit in diese Addition zu ziehen? und diese Frage ist zu bejahn [1]).

Zeigt nun die Zusammenrechnung der Legate und Prälegate, daß jeder Erbe ein Viertel seiner Erbportion frei hat, so kann von einem Einflusse der **lex Falcidia** nicht weiter die Rede sein. Anders aber verhält es sich, wenn diese Zusammenrechnung das Resultat herbeiführt, daß einer oder mehrere oder alle Erben ihr Viertel nicht frei haben; dann tritt die **lex Falcidia** ein, um dem Erben zu helfen [2]) und die Legate zu verkürzen; und nun fragt es sich: müssen die Prälegatare

---

1) *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 4 § 2; v. Zeiller Commentar über das bürgerliche Gesetzbuch der österreichischen Monarchie Bd. 2 Abtheilung 2 S. 649.

2) *Nieto* a. a. O. „ut cumulus hereditatis augeatur“; *Pfeiffer* Diss. § 19.

sich auch diesen Abzug gefallen lassen? und auch diese Frage ist zu bejahn [3]). Am Deutlichsten sagen dieß folgende Worte Ulpians [4]): **si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio iudicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset vel aliud, vel etiam praeceptionis**, d. h. wenn das Falcidische Gesetz eine Verkürzung der Vermächtnisse herbeiführt, so werden auch die Präceptionslegate des Erben nothwendigerweise verkürzt, und kein mit irgend welchem Vermächtnisse honorirter Erbe wird mehr haben, als es die **lex Falcidia** verstattet. Eben so klar finden wir dieß im **fr. 14 § 1 D. ad legem Falcidiam** [5]) von Papinian ausgesprochen, wo folgender Fall vorliegt. Eine Frau und ihre Brüder sind zu Erben eingesetzt, diesen Brüdern sind so bedeutende Prälegate hinterlassen, daß die Frau Anspruch auf die Falcidische Quart hat. Bevor aber die Verhältnisse aus diesem Testamente regulirt werden, fühlt sie ihr Ende herannahn und errichtet einen letzten Willen, worin sie ihre Enkel zu Erben eingesetzt und diese bittet, ihren Großoheimen nicht die Falcidische Quart abzuziehn, sondern vollständig jene Prälegate an sie zu entrichten. Dasselbe lehren die ersten Worte Papinians in **fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam: Fideicommissum portionis supplendae gratia, pro qua matrem filius heredem instituit, eidem matri datum**

---

3) Repertorium *Bertachini Firmani*. Lugduni 1562. v. praelegatum: Praelegata per Falcidiam defalcantur, sicut legata.

4) Im fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5. Wegen der Lesearten s. erstes Capitel Note 54 ff.

5) **Avia nepotibus heredibus institutis fideicommisit, ut omissa retentione, quae per legem Falcidiam ex alio testamento competebat, solida legata fratribus et coheredibus solverent: recte datum fideicommissum respondi.**

ratione Falcidiae minuitur. Auch im fr. 78 pr. **De heredibus instituendis 28, 5** wird durch Papinians Worte **salva Falcidia** eben darauf hingedeutet, und in der **c. 17 C. ad legem Falcidiam 6, 50,** mag hier ein wahres oder ein anomales Prälegat vorliegen, enthalten die Worte: **a coheredibus relicta legata, quatenus modus legis Falcidiae praestitutus patitur, posse peti, certissimi iuris est** auf das Deutlichste denselben Beweis. Diesen Rechtssatz finden wir auch niemals bezweifelt [5a]).

Hieran schließt sich aber eine zweite Frage, welche, während das bisher Verhandelte sich auf alle Erben bezieht, mögen sie zugleich Prälegatarien sein oder nicht, nur auf die Erblegatarien geht. Es ist die Frage, ob, wenn die **lex Falcidia** zur Anwendung kommt, die simpeln Legatarien verlangen können, daß der Erblegatar, an welchen — allein oder neben den übrigen Erben — sie gewiesen sind, bei der Berechnung, was ihm als Erben bleibt, in das zu retinirende Viertel die Prälegate, welche ihm zu Theil werden, ganz oder doch wenigstens zu dem Theile, der ihm aus seiner eigenen Erbportion gebührt, in Anrechnung bringen muß?

Nieto [6]) behauptet, daß das Prälegat weder zu den Theilen, welche die Miterben zahlen, noch zu dem Theile, welchen der zum Prälegate berechtigte Erbe sich selbst leisten

---

5a) Man vgl. die Glosse und Baldus zu **c. 17 C. ad legem Falcidiam;** *Cuiacius* **ad tit. C. ad legem Falcidiam ad l. 2: non omittam, ea quoque legata pati Falcidiam, quae heredi relinquuntur;** *Nicolai Vigelii* **Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1113;** *Mornacius* **Comm. ad c. 17 C. ad legem Falcidiam: de praelegatis deducitur Falcidia;** *Gabriel Vallius* **ad l. 91 D. ad leg. Falcid.** in *Otto* **Thes. Tom. I p. 439;** *v. d. Pfordten* **Diss. de praelegatis p. 60, 61;** Löhr in Marezoll's Zeitschrift Bd. 19 S. 74.

6) **Tractatus de praelegatis cap. 4 § 2** ff.

muß, in das Viertel eingerechnet werden kann, welches von seinem Erbtheil der Erbe frei behalten darf, so daß er es zu allen seinen Theilen außer seiner Erbportion behalten darf[7]). Denn nach **fr. 91 D. ad legem Falcidiam** werde Das nicht in das Viertel eingerechnet, was der Erbe **iure legati** erwerbe, und der Erbe habe das ganze Prälegat **iure legati praeceptionis.** Freilich macht sich *Rieto* selbst (im § 4) den Einwand, daß er in seiner Ausführung dieser Lehre selber öfters unterschieden habe zwischen den Portionen des Prälegates, welche der Berechtigte von seinen Miterben, und der Portion, welche er von sich selbst nehme, und daß er nur jene als **legati iure**, diese als **hereditario iure** erworben angesehn, weshalb also diese in die Quart zu imputiren wäre; jedoch versucht er diesen Einwand so zu entfernen. Den Theil des Prälegates, welchen er von sich selbst nach Erbrecht erwirbt, retinirt er, nicht weil jener Theil Erbschaft sey und mit der übrigen Erbschaft gleiche Natur habe, sondern weil kein Anderer als ein Erbe diesen Theil erwerben könne, woraus folge, daß es einen doppelten Erwerb nach Erbrecht gebe. Denn die Erbschaft wird nach Erbrecht erworben, nicht minder das Prälegat, weil nur ein Erbe sowohl die Erbschaft als das Prälegat erwerben könne; aber der Unterschied bestehe darin:

---

7) Auch *Wesembec* **Tractatus et Responsa quae vulgo Consilia iuris appellantur Consil. 26 nr. 16** hat diese Ansicht. Selbst *Duarenus* scheint sie gehabt zu haben, indem er zum Digestentitel **ad legem Falcidiam** sagt: **Testator duos heredes instituit, quaedam ab eis reliquit, ut locus sit Falcidiae; uni heredum praelegavit fundum; hunc fundum alter heres tanquam legatarius consequitur, non tanquam heres. Hoc igitur praecipuum heres habet, nec imputatur ei in Falcidiam.** Eine scheinbare Unterstützung dieser Ansicht liegt in den Worten eines Scholion (b.) zu den Basiliken **lib. 60 tit. 42 l. 15: Sciendum est, legata heredi relicta non imputari in Falcidiam, nisi nominatim ei fini relinquantur.**

die Erbschaft als solche bleibe den Erbschaftslasten unterworfen; dagegen die Prälegatsportion bleibe nicht Erbschaft, sondern sey Prälegat und hafte als solches nicht den Erbschaftslasten. Zwar stehe dem entgegen, wie Nieto selber sich wieder einwendet, daß im fr. 91 D. cit. ganz allgemein gesagt werde, in die Falcidische Quart müsse Alles eingerechnet werden, was man nach Erbrecht hat. Diesem Einwande aber begegnet Nieto (im § 5) folgendermaßen. Marcian sage im fr. 91 D. cit.: eingerechnet werden die Objekte, welche der Erbe hereditario iure, nicht die er legati iure habe; nun aber werde jener Theil des Prälegates nicht bloß hereditario, sondern auch legati iure erworben; also sey er nicht einzurechnen, weil nach Marcian nur das in die Quart eingerechnet werden solle, was ausschließlich nach Erbrecht erworben wird, nicht das, was ebenso nach Erbrecht, als nach Vermächtnißrecht erworben wird.

Wir haben in dem Vorstehenden so getreu als möglich die Beweisführung Nieto's wiedergegeben, um keinen Zweifel darüber in dem Leser zurückzulassen, daß sie als gänzlich verunglückt jedem gründlichen Juristen erscheinen muß [8]).

Wir wenden uns nun gleich zu der Ansicht, deren Grundlage eine rationelle Behandlung der Quellen ist, zu der sich auch fast alle tüchtigen Juristen bekannt haben. Darnach muß sich der Prälegatar den Theil am Prälegate, welchen er von sich selbst, also nach Erbrecht hat [9]), sowie überhaupt Alles,

---

8) Bolley im Tübinger juridischen Archiv 1803 Bd. 3 S. 18 drückt sich darüber so aus: Nieto's Hypothese einer doppelten capio ex iure hereditario ist die grundloseste, willkührlichste Hypothese, die eigentlich nicht einmal den Namen einer Hypothese verdient.

9) fr. 30 § 8, fr. 86 D. ad legem Falcidiam 35, 2 (die Worte siehe im nächsten Capitel Note 74), arg. c. 24 C. fam. herc. 3, 36 hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta. Claussen in

was er heredis titulo erwirbt [10]), in die Quart einrechnen lassen [11]), nicht aber die Theile des Prälegates, welche er von

seiner Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 177 sagt: an der Giltigkeit und Vernünftigkeit dieses Satzes ist nicht zu zweifeln.

10) Dahin gehört einmal seine ihm ursprünglich bestimmte Erbquote, sowie der für dieselbe oder für einzelne Erbschaftssachen empfangene Kaufpreis (fr. 19, fr. 30 § 1 § 7, fr. 87 pr. D. ad legem Falcidiam. Vgl. Valett Lehrbuch des Pandektenrechts § 1178 zu Note 68), sodann außer dem Theile des Prälegates, welchen er sich selbst auszahlen muß, der Betrag aller Legate, welche nach dem Willen des Erblassers der Erbe hätte auszahlen sollen, gegen welche Zahlung er sich aber durch Berufung auf deren Ungiltigkeit gesetzlich geschützt hat (fr. 50, fr. 51 D. ad leg. Falcid. *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 35 tit. 2 § 25), endlich jedes Vermächtniß, welches der Legatar ausgeschlagen (fr. 76 § 1 D. eod. *Nieto* cap. 4 § 7 u. 8), nicht aber, wie Nieto a. a. O. will, ein Legat, welches dem Erben zu dem Zwecke hinterlassen ist, damit er den Legatarien nicht die Quart abziehe fr. 75 D. eod. (s. dagegen unten den Text zu Note 21 ff.). Im Falle, daß ein Miterbe dem andern zur Erfüllung einer Bedingung Geld zu geben vom Testator beauftragt ist, meint Bartolus, daß immer ein Theil dieses Geldes hereditario iure erworben werde arg. fr. 76 pr. D. eod.; aber richtiger ist die entgegengesetzte von Imola vertheidigte, von ihm auf fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 basirte, noch besser auf fr. 13 § 6 De her. pet. 5, 3 und fr. 30 § 7 D. ad leg. Falcid. zu stützende Ansicht, wornach dieß Geld nur speciali titulo als mortis causa capio erworben wird (s. das fünfte Capitel zu Note 13), obwohl sich *Alciatus* Comm. in tit. D. ad leg. Falcid. ad fr. 91 Declaratio V für die Ansicht von Bartolus in dem Falle entscheidet, wenn der Testator ausdrücklich gesagt hat, es solle Erbschaftsgeld gegeben werden.

11) fr. 74, fr. 91 D. ad legem Falcidiam; die Basilikenscholien zu lib. 41 tit. 1 l. 15 (zu fr. 15 § 7 D. ad leg. Falcid.); *Duarenus* Disputationes II, 10; *Alciatus* Paradoxa 6, 4; Comm. in tit. Dig. ad leg. Falcid.; *Contius* subsecivae lectiones II, 5; *Balduinus* de lege Falcidia in Iurisprud. Rom. et Attica T. I p. 188; *Cuiacius* Comm. in lib. II resp. Papin. ad l. 41 de mortis causa don.; *Donellus* Comm. iur. civ. lib. 7 cap. 30, lib. 8 cap. 26; *G. Panciroli* Thesaurus Variarum lectionum lib. 2 cap. 105; Westphal von Vermächtnissen und Fideikommissen S.

seinen Miterben, also legati iure erwirbt [12]); denn sie und nur sie [13]) hat er extra quartam [14]). Dieß sagen auf das Deutlichste die Anfangsworte des fr. 91 D. ad legem Falcidiam: In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit; nam haec in quartam non imputantur.

Ganz dasselbe lehrt auch die Interpretation von fr. 15 § 7 D ad legem Falcidiam [15]). Ein Testator, so schreibt

---

914, 919; *Pfeiffer* Diss. § 20; Höpfner Commentar § 598; Christiansen Institutionen S. 728; Roßhirt gemeines Civilrecht § 709 Nr. b.

12) fr. 74 D. ad legem Falcidiam: quod quis legatorum nomine a coherede accipit, in quadrantem ei non imputatur; fr. 15 § 7, fr. 22 pr. (von Wechsellegaten), fr. 91 D. eod. *Ferretti* Praelectiones ad l. Titia D. ad leg. Falcid.; *Cuiacius* Obss. 8, 4; Comm. in Cod. ad tit. de legatis 6, 37; *Matthaei Gribaldi* Commentarii. Francofurti 1577 in l. in quartam D. ad leg. Falcid. p. 168, 169; *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B. et C. p. 864; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 576 Nr. 1.

13) Gesetzt also ein Erbe, dessen Erbtheil hundert beträgt, ist Legate zu zahlen verpflichtet, die dreißig betragen, und außerdem zu einem Prälegate berechtigt, zu welchem er von seinem Erbtheile siebenzig beizusteuern hat, so darf er wegen dieser sich selbst schuldigen siebenzig nicht etwa den an ihn gewiesenen Legatarien die Falcidische Quart abziehn. Westphal von Vermächtnissen S. 889, 919.

14) fr. 15 § 7 (s. die nächste Note), fr. 91 D. ad legem Falcidiam. *Hotomanus* und *Gabriel Vallius* zu der letzten Stelle in Obss. XI, 5 und in *Otto* Thes. T. I p. 439. *Contius* (Disputationum lib. I cap. 3) sagt, der Erbe wird hier aus verschiedenen Rechtsgründen begünstigt, die Prälegate dankt er der Liberalität des Erblassers und den Abzug der Quart dem Falcidischen Gesetze.

15) Fideicommissum portionis supplendae gratia, pro qua matrem filius heredem instituit, eidem matri datum ratione Falci-

Papinian, hat seine Mutter und einen Freund zu Erben eingesetzt und vielen Bekannten bedeutende Vermächtnisse hinterlassen, so daß beide Erben bei vollständiger Auszahlung derselben ein Viertel ihrer Erbportion nicht frei haben würden. Damit die Mutter den ihr hinterlassenen Erbtheil [16]) trotz der auszuzahlenden Vermächtnisse vollständig habe, ist für sie ein

---

diae minuitur; et eam pecuniam mater supra quartam portionis suae percipiet. *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 324 gibt hiezu folgendes Beispiel. Titius hat seine Mutter auf $\frac{5}{12}$, den Mävius auf $\frac{7}{12}$ instituirt; der Mutter trägt er auf, Legate im Betrage von 500 zu zahlen, dem Mävius 200 an die Mutter und 500 an simple Legatarien zu zahlen; sein Vermögen beträgt gerade 1200. Deshalb wird die Mutter sich 125 iure Falcidiae zurückbehalten dürfen, obschon sie von Mävius 150 erhält, weil auch dieser sich das Viertel (175) zurückbehält, dadurch daß er der Prälegataria 50, den übrigen Vermächtnißnehmern 125 abzieht. Jensius hat hierbei angenommen, was jedoch gar nicht nöthig ist, daß hier die Mutter nur an ihren Miterben gewiesen ist, so daß also kein wahres Prälegat vorliegen soll.

16) Nicht ihren Pflichttheil, wie schon einige Glossatoren, so auch Pothier (Pandectae 35, 2 nr. 7) und Westphal (von Vermächtnissen S. 919) annehmen, indem sie unter der portio die legitima portio verstehn. Denn diese Ergänzung hätte zur Zeit Papinians nur durch eine Erbeseinsetzung giltig geschehn können. (Auch in den Basiliken in der mit fr. 15 § 7 correspondirenden Stelle, in lib. 41 tit. 1 l. 15 ist nicht bloß im Texte, sondern auch in dem Scholion des Cyrillus von dem Pflichttheile der Mutter die Rede; dagegen in dem andern ausführlichen Scholion ist richtig die portio sua mit in quam instituta est, auch der übrige Inhalt dieser Stelle richtig erklärt.) Die zweite Ansicht, daß unter portio hier die Falcidische Quart zu verstehn sey, welche sich ebenfalls schon in der Glosse findet, ist auch unrichtig, da ja gerade dieß Fideikommiß nicht in die Falcidische Quart eingerechnet wird. Ebensowenig ist mit *Goveanus* zu dieser Stelle dem Erblasser die Absicht unterzuschieben, daß er durch dieß Vermächtniß der Mutter ebensoviel als ihrem Miterben habe zuwenden wollen. Die im Texte gegebene Erklärung findet sich schon bei *Cuiacius* Comm. in lib. 13 resp. Papin. ad fr. 15 § 7 ad legem Falcidiam.

Vermächtniß in Form eines Fideikommisses bestellt. Da nun der Miterbe durch dieses der Mutter ausgesetzte Fideikomniß, sowie durch die übrigen ihm auferlegten Vermächtnisse, nicht einmal ein Viertel der ihm ausgesetzten Erbportion unbeschwert von Legaten hat, so muß die Mutter zu seinen Gunsten wegen der **lex Falcidia** sich einen Abzug von dem ihr hinterlassenen Präfideikommisse gefallen lassen, während der Umfang ihres Rechts zum Abzuge der Falcidischen Quart gegen die an sie gewiesenen Vermächtnißnehmer durch den Empfang dieses Vermächtnisses sich gar nicht ändert. Der Zweifel in diesem Falle mag besonders dadurch entstanden sein, daß der Testator dieß Fideikommiß der Mutter mit der Zweckbestimmung **portionis supplendae gratia** hinterlassen hatte, weshalb die an die Mutter gewiesenen Legatarien der Meinung sein mochten, das aus diesem Fideikommisse Erhaltene sei von der Mutter **hereditario iure** erworben [17]) und könne dazu dienen, wenn es wirklich vollständig troß des von den Miterben gemachten Abzugs die Quart ergänze, daß nun die Legatarien gar nicht nöthig hätten, sich einen Abzug gefallen zu lassen. Diese Ansicht der Legatarien widerlegt Papinian, indem er ausspricht, die Mutter werde diese Vermögensobjekte außer der Quart ihrer Erbportion behalten [18]). Natürlich gilt diese Entscheidung Papinians nur von dem Theile des Prälegates, welchen die Mutter von dem Miterben bekommt; der auf ihre Erbportion

17) Wie im Falle des **fr. 75 D. ad legem Falcidiam** (siehe unten Note 21) Nieto Cap. 4 § 8 eine gleiche, unrichtige, Meinung hegt.

18) Ganz mit Recht sagt **Goveanus** (**Comm. ad lit. Dig. ad legem Falcidiam ad fr. 15 § 7**), es habe verschiedene Wirkungen, ob man **iure institutionis** oder **iure fideicommissi** Etwas zur Vervollständigung der Erbportion hinterlasse.

fallende Theil mußte bei der Berechnung der Falcidischen Quart nothwendig in Anschlag gebracht werden [19]).

Wenn der Testator ausdrücklich zu dem Zwecke dem Erben ein Legat hinterlassen hat, damit er die an ihn gewiesenen Vermächtnißnehmer vollständig befriedige [20]), so steht es in der Willkür des Erben, was er thun will. Entweder wird er von dem Rechte der Falcidia Gebrauch machen: dann wird er mit seiner Forderung auf das Prälegat zurückgewiesen [21]); oder er nimmt das Prälegat an: dann muß er auf das Recht aus dem Falcidischen Volksschlusse verzichten [22]). Denn es ist hier keineswegs der Erblasser, welcher die An-

19) Westphal von Vermächtnissen u. Fideikommissen S. 920.

20) *Hertius* de praelegatis § 27 vermuthet in der Anordnung eines so großen Prälegates stets die Absicht des Testators, das Viertel dem belasteten Erben zu ersetzen.

21) fr. 75 D. ad legem Falcidiam: Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati; si lege Falcidia uti mallet. *Cuiacius* Comm. in lib. 20 quaest. Papin. zu fr. 93 D. eod. *Nieto* cap. 4 § 8 folgert aus fr. 75 cit., daß ein solches Legat zu allen seinen Theilen in die Quart eingerechnet werden müsse; ebenso *Perez* Praelect. in Codicem VI, 50 § 11. Allein von einer Einrechnung in die Quart oder von einer Ergänzung derselben ist gar nicht hier die Rede, sondern nur von dem Schutze, welcher dem Willen des Testators zu Theil wird, daß der Erbe ganz auf den Abzug der Quart verzichten soll. Berechnung der Quart und Existenz des Legates schließen sich daher einander aus. Kommt das Legat in diesem Falle zur Existenz, so hat der Erbe es unmöglich unter einem andern Titel als jedes andere Legat, also, wenn es ein wahres Prälegat ist, theils legati, theils heredis iure, wenn er es nur von seinem Miterben bekommen soll, einzig und allein legati iure.

22) Als Argument hiefür kann das im Titel ad legem Falcidiam stehende fr. 90 dienen, welches Stemann Themis, Neue Folge Bd. 1 S. 285 von der Falcidischen Quart versteht, obwohl es von der Trebellianischen Quart handelt. Vgl. das neunzehnte Capitel Note 4.

wendung dieses Gesetzes ausschließt, was er auch nach altem Rechte nicht durfte, sondern der Erbe, indem er dieß Vermächtniß annimmt, legt sich das Gesetz auf, der Quart zu entsagen, was er thun darf, da die **lex Falcidia** ja nur den Vortheil des Erben, verbunden mit der Erfüllung der Anordnungen des Testators bezweckt [23]).

Wenn mehrere Prälegatarien von demselben Testator bedacht sind, so kann vielleicht gegen alle die **lex Falcidia** Anwendung finden [24]), wobei, wenn nicht sogleich die Nothwendigkeit des Abzugs überhaupt oder dessen Höhe wegen noch unsicherer erbschaftlicher Forderungen feststeht, Caution geleistet werden muß. Diese Caution [25]) konnte auch für die Fälle verlangt werden, daß etwa erst nach geschehener Auseinandersetzung der Miterben bis dahin unbekannte Gläubiger des Erblassers sich melden [26]), oder daß neue Codicille aufgefunden werden, in denen ein Erbe mit Legaten überschwert wird, oder daß bedingte Legate hinterlassen sind, deren Bedingung noch schwebt [27]). Für das Letzte enthält ein Beispiel **fr. 94 D. ad legem Falcidiam** [28]). Ein Bruder und eine Schwester, so

23) Aus dem Grunde des Verzichts auf die Quart scheint sich diese Bestimmung richtiger erklären zu lassen, als wenn man mit *Giphanius* Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis ad c. 24 C. fam. herc. p. 198 sagt: der Erbe, welcher durch den wohlthätigen Willen des Testators einen Theil des Prälegates gewinnt, darf nicht selbst gegen dessen Willen handeln — eine richtige, aber hier nicht durchgreifende Regel.

24) fr. 35 § 1, fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5; c. 17 C. ad legem Falcidiam 6, 50; *Balduini* Disput. I ex Papiniano cap. III in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. I p. 947.

25) Ueber diese durch Bürgen zu leistende Stipulation s. Burchardi System u. innere Geschichte d. Röm. Privatrechts § 374. VI.

26) *Pothier* Pandectae lib. 28 tit. 5 nr. 35.

27) fr. 45 § 1, fr. 73 § 2 D. ad legem Falcidiam.

28) Die Worte siehe im funfzehnten Capitel Note 88.

Digitized by Google

heißt es hier, sind auf gleiche Theile zu Erben eingesetzt; Beiden sind Prälegate, aber der Schwester bedeutend geringere hinterlassen als dem Bruder. Unter den der Schwester hinterlassenen Prälegaten ist auch ein verschuldetes Haus. In Beziehung auf dieses hat der Testator die Bestimmung ausgesprochen, daß ein Freigelassener des Bruders es im gemeinsamen Eigenthume mit jener Schwester haben solle, unter der Bedingung, daß er die darauf haftenden hypothekarischen Schulden bezahle. Nun kann es Anfangs ungewiß sein, ob der Freigelassene diese Schulden entrichten wird, oder ob deren Zahlung der Erbmasse überlassen bleibt [29]). Natürlich ändert sich, jenachdem dieser oder jener Fall eintritt, die Größe der Erbschaft. Wenn im Gefolge solcher später eintretenden Zufälligkeiten der eine Erbe auf die **lex Falcidia** Anspruch zu machen Veranlassung hat, weil er mit Rücksicht auf die von ihm gezahlten Prälegate nicht den vierten Theil seiner Erbportion behalten würde, so zeigt sich die Wichtigkeit dieser Caution, und jener belastete Erbe fordert zurück, was er über drei Viertel seiner Erbportion gezahlt hat.

Wenn mehreren oder allen Erben Prälegate zugewiesen sind, und ein Erbe entweder durch die von seiner Erbportion zu entrichtenden Prälegate allein, oder durch das Hinzutreten noch anderer ihm auferlegten Vermächtnisse berechtigt ist, die lex Falcidia vorzuschützen [30]), er aber von der Erbportion seiner Miterben so viel bekommt [31]), daß dadurch sein Viertel

29) Daß die auf einem prälegirten Objekte haftenden Schulden von der Erbmasse bezahlt werden müssen, beweist fr. 33 D. fam. herc. 10, 2.

30) c. 17 C. ad legem Falcidiam 6, 50; fr. 35 § 1, fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5.

31) Gesetzt auch, daß er es nicht behalten darf seiner Indignität wegen, z. B. weil er das Codicill, worin das Prälegat ihm hin-

ganz oder doch wenigstens auf so viel gedeckt wird, als er diesen an ihn gewiesenen Prälegatarien hätte abziehn dürfen, so kann er diesen seinen Miterben Nichts abziehn [32]). Ist der Betrag seines Abzugsrechtes auch bedeutend größer, als das ihm bestimmte Vorvermächtniß, so muß er dieß letztere dennoch von seinen Miterben sich in Abrechnung bringen lassen [33]) und

terlassen war, ohne genügende Gründe für untergeschoben erklärt hat, und der Fiskus die von ihm erworbenen Legate vindicirt. fr. 15 De his quae ut. 34, 9. *Pothier* Pandectae zu dem fr. 15 cit. sagt: quod culpa sua amiserit perinde est ac si id haberet.

32) fr. 94 D. ad legem Falcidiam. (Die Worte siehe im funfzehnten Capitel Note 88.) Scävola hebt hier ausdrücklich den Satz hervor, daß, wenn gleich die Schwester (s. oben zu Note 28) an den dem Bruder hinterlassenen Prälegaten so viel hat zahlen müssen, daß ihr nicht die Quart bleibt, sie doch dem Bruder gegenüber auch die von ihm iure legati empfangenen Prälegate einrechnen muß, und daß, wenn diese die Quart, insoweit sie dieselbe dem Bruder abziehn konnte, ergänzen, sie dem Bruder Nichts abziehn darf. Nehmen wir an, der Erbtheil der Schwester sowie der des Bruders beträgt 100, dem Bruder sind 160, der Schwester 20 prälegirt, so wird die Schwester 80 zahlen sollen, wegen der lex Falcidia aber nur 75 zahlen wollen, also 5 zurückbehalten, was der Bruder, der ihr 10 zahlen soll, nicht sich gefallen lassen, sondern ihr, wenn ihr Summen prälegirt sind, gleichfalls fünf abziehn oder das ganze zehn werthe Prälegat bis zur vollständigen Leistung zurückbehalten wird. *Pothier* zu dieser Stelle (Pandectae 35, 2 nr. 50) erklärt sich dahin: filia non aliter accipit ea, quae fratri ipsi dare rogata est, quam si ipsa pareat voluntati defuncti praestando id quod ipsa fratri solvendum habet absque ulla deductione Falcidiae, quum ea, quae ipsa a fratre accipit, ipsi imputentur in quartam. Ein Argument hiefür findet sich in dem von Wechsellegaten handelnden fr. 22 pr. D. ad legem Falcidiam *Pfeiffer* Diss. § 20. Vergl. *Balduinus* Disput. I ex Papiniano cap. 4 in der Iurisprud. Rom. et Attica T. I p. 948.

33) *Hotomanus* Obss. XI, 5: exceptione doli et compensationis removebitur; *Petrus Grangianus* Paradoxa iuris civilis cap. 49 in *Otto* Thes. T. V p. 639: dolo enim petere videtur gravatus, nisi et ipse iudicium defuncti servare paratus sit.

er darf nur die Differenz beider Summen abziehn [34]). Ein solches Gegenrechnen findet auch da Statt, wo durch den Erblasser eine Vertheilung der einzelnen Vermögensstücke unter den Erben, sey es zu Gunsten der Testaments- oder der Intestaterben geschehn ist, um Streitigkeiten zwischen ihnen zu verhüten [35]). Jedoch ist diese Gegenrechnung eine rein persönliche; nur Diejenigen können sich darauf berufen, welche zu Gegenleistungen dem belasteten Erben verpflichtet sind [36]), nicht aber die simpeln Vermächtnißnehmer [37]). Dieß wird entschieden in **fr. 22 D. ad legem Falcidiam** [38]) gelehrt. Paulus schreibt hier, daß durch die Compensation zwischen den Miterben und Wechsellegatarien [39]) das Recht der simpeln an die Erben gewiesenen Legatarien nicht im Mindesten geändert werde. Der Erbe ist keineswegs verpflichtet, den Gewinn, welchen er durch

34) arg. compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest in supplementum deducto, c. 24 C. fam. herc. 3, 36; fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5 (die Worte siehe unten Note 41); Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 283.

35) fr. 15 De his quae ut. 34, 9; arg. fr. 33 D. fam. herc. 10, 2; fr. 77 § 8 De legatis II. 31.

36) Dieß wird mit dem Satze praelegata non computantur in Falcidiam, nisi quoad eum a quo percipiuntur im Repertorium *Bertachini Firmani*. Lugduni 1562 v. praelegatum gemeint. Dem *Mornacius* ist, wie er in seiner Synopsis Pandectarum ad fr. 22 D. ad legem Falcidiam selbst sagt, folgender gleichbedeutender Satz des Bartolus: id quod iure praelegati percipitur, in quartam non imputatur, nisi respectu eius, a quo percipitur, unverständlich geblieben. Vgl. *Gabriel Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 410 und unten Note 65.

37) *Merillii* Obss. lib. 6 cap. 21; Lindelof im Archiv für civilist. Praxis Bd. IV S. 445.

38) Die Interpretation dieses Fragmentes befindet sich in Sell Jahrbücher Bd. 3 S. 268 ff., die Worte unten in Note 47 a.

39) Diese stehn aber hierin den eigentlichen Prälegatarien vollkommen gleich.

Digitized by Google

den wirklichen Empfang der ihm ausgesetzten Legate oder durch die Minderzahlung der ihm auferlegten Vermächtnisse an die Miterben, die auch ihm wiederum Vermächtnisse zu zahlen verpflichtet waren, macht, in die Quart einzurechnen, sondern er berechnet den simpeln Legatarien die an die Miterben zu zahlenden Legate auch gerade so, als hätte er von diesen gar Nichts empfangen [40]).

Ein aus den Quellen entnommenes Beispiel wird alles bisher Gesagte anschaulich machen. Im fr. 78 pr. De heredibus instituendis [41]) sind zwei Erben, der Eine auf das mütterliche, der Andere auf das vom Vater stammende Vermögen des Erblassers eingesetzt. Wenn nun jenes dreihundert,

---

40) *Ripa* super secundam Infortiati ad legem Falcidiam super l. in quartam nr. 43. Es scheint, als wenn der Scholiast zu den Basiliken lib. 41 tit. 1 l. 21 dieß übersehn hat, indem er schreibt: was einem Erben legirt ist, wird ihm nicht in die Quart eingerechnet; wenn aber auch von ihm den Miterben legirt ist, so wird nur soviel er wirklich gezahlt hat (ὅπερ ἔδωκε μόνον), ihm selbst oder den an ihn gewiesenen fremden Legatarien in die Falcidia eingerechnet, ungeachtet doch diese lex 21 sagt: *οὐχ ὅλον ὃ δίδωσι τοῖς κληρονόμοις λογίζεται εἰς φαλκίδιον, ἀλλ' ὅσον ἔμελλε δίδοναι, εἰ μηδὲν ἔλαβε παρ' αὐτῶν*, welche Worte also wiedergegeben werden müssen: nicht gerade Alles, was er wirklich den Erben gezahlt hat, sondern soviel er hätte zahlen müssen, wenn er Nichts von ihnen bekommen hätte, wird in die Falcidische Quart eingerechnet.

41) Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae in Syria habebat, Titium; iure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem, factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus. Sequi salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo (wollte man mit den gewöhnlichen Ausgaben quadrantem beibehalten, so müßte statt retinendo gelesen werden retinenti) compensetur. Das Beispiel ist von einem Nicht-Militär entnommen, weil bei Soldatentestamenten bekanntlich die lex Falcidia keine Anwendung fand.

dieses sechszig beträgt [42]), so wird, ungeachtet die Erbtheile Beider gleich sind, doch dem Resultate nach der Erste 150 **iure heredis** und ebensoviel **iure legati** haben, der Andere aber mit seinen 30, die er **iure heredis** behält und mit ebensoviel, die er **iure legati** bekommt, sich nicht begnügen wollen, weil er berechtigt ist, ein Viertel seiner Erbportion (45) **iure heredis** zurückzubehalten. Er wird daher seinem Miterben nicht 150, sondern nur 135 überlassen wollen; dieser aber mit Recht ihm einwenden: mir kannst du nicht 15 abziehn, da du von mir das Doppelte empfangen willst; wir können aber diese 15, ohne sie gegenseitig uns auszuzahlen, compensiren [43]). Nehmen wir nun noch an (wovon freilich in diesem fr. 78 nicht die Rede ist), daß zur Zeit der Eröffnung des Testamentes noch unbekannte Vermächtnißnehmer mit einer Forderung im Betrage von 120 auftreten, wodurch Jeder der beiden Erben sechszig zu leisten verpflichtet wird, so erhält der Erbe des väterlichen Vermögens ein noch umfangreicheres Recht zum Abzuge der Falcidischen Quart. Er darf freilich nicht zu den sich bei ihm meldenden Fideikommissarien sagen: was ich **hereditario iure** habe, beträgt 30 und nur so groß ist, also

42) Hunger (das Corpus iuris civilis ins Deutsche übersetzt Bd. 3 S. 76 Note 145 u. 146), der hier fast wörtlich *Pothier* Pandectae 28, 5 nr. 35 wiedergegeben hat, nimmt 300 und 100 an, die letzte Zahl unpassend, weil dann durch die gegenseitige Leistung des Prälegates der Erbe des väterlichen Vermögens nicht in seiner Quart verletzt ist, da er 50, also gerade ein Viertel jeder Erbhälfte iure heredis hat, so daß Hunger die lex Falcidia erst durch simple Legate zur Anwendung kommen läßt, obwohl von solchen im vorliegenden Fragmente gar nicht, sondern nur von dem **vice mutua praestare** der Prälegate die Rede ist.

43) In der Compensation kann man eine zwiefache fingirte Tradition finden; man nimmt an, der Berechtigte habe von dem Verpflichteten empfangen und er habe auch diesem zur Tilgung seiner eigenen Obliegenheit ebensoviel gegeben.

mein Erbtheil; ich darf auch also davon nur drei Viertel, also $22\frac{1}{2}$ statt 60 zahlen. Vielmehr muß er sagen, da die Höhe des Erbtheils sowie dessen Quart nach dem Augenblicke des Todes des Testators berechnet wird[44]: meine Erbportion beträgt 180, davon ein Viertel, welches ich zurückbehalten darf, 45; nun soll ich aber meinen Miterben 150 und euch 60 zahlen, also, da ich nur 135 (d. h. drei Viertel meiner Erbportion) fortzugeben verpflichtet bin, müßt ihr euch im Ganzen 75 abziehn lassen, was für den Miterben $53\frac{4}{7}$, für euch $21\frac{3}{7}$ beträgt. Wenn er aber noch hinzufügt: da ich mit dem Ersten bereits 15 verrechnet habe, so bleiben noch $38\frac{4}{7}$ ihm abzuziehn, so wird der Miterbe erwidern: auch diesen zweiten Abzug dulde ich wenigstens in so großem Umfange nicht; denn da du außer jenen bereits verrechneten 15 noch andere 15 von mir empfangen willst, so mußt du dir auch diese 15 aufrechnen lassen, und kannst daher nur $23\frac{4}{7}$ von mir (oder von meiner dir wegen der schon befürchteten spätern Auffindung von Codicillen oder Erbschaftsschulden bestellten Cantion) in Anspruch nehmen, ein Verlangen, welches auch vollkommen gesetzlich begründet ist. Wollten nun aber die an diesen Erben des väterlichen Vermögens gewiesenen Legatarien gegen seinen Abzug einwenden: du mußt uns mehr als $38\frac{4}{7}$ zahlen, da du aus der andern Erbhälfte 15 empfangen hast, welche du zur Ergänzung deiner Quart benutzen kannst, so ist dieß Verlangen zurückzuweisen, da er das von dem Miterben Empfangene, mag es baar gezahlt oder compensirt sein, **extra quartam** hat, worauf die an ihn gewiesenen simpeln Legatarien

44) fr. 15 § 3, fr. 30 § 3, 4, 5, fr. 56 pr., fr. 73 pr. § 1, fr. 79 D. ad legem Falcidiam; § 2 I. de lege Falcidia 2, 20; *Nieto* cap. IV § 11. Daß diese Ansicht bisweilen Modifikationen erleiden muß, darauf macht Schrader im Commentar zu der zuletzt angeführten Institutionen-Stelle aufmerksam.

Digitized by Google

nicht den mindesten Anspruch haben [45]). Ebensowenig aber dürfen diese Legatarien es sich gefallen lassen, wenn der Erbe außerdem ihnen noch die Summe abziehn wollte, welche er dem Miterben wegen des Compensationsrechtes nicht abziehn darf.

Zur Anwendung dieser Compensation ist es gar nicht nöthig, daß sich gerade Prälegatarien im engern Sinne einander gegenüberstehn; es gilt dasselbe auch für Wechsellegatarien [46]) unter einander [47]). Denn für diesen Fall sagt Paulus im fr. 22 D. ad legem Falcidiam [47a]): wenn der Erbe, wel-

45) *Paulus de Castro* secunda pars Commentariorum super Infortiato ad legem Falcidiam ad l. Nesennius; *I. I. Moors* praeside *H. Cocceio* Theses inaugurales de differentiis Falcidiae et Trebellianicae. Denuo recusa Moeno Francofurti 1707. 4. Thes. X.

46) Vgl. das fünfte Capitel zu Note 252 ff.

47) *Alciati* Paradoxa lib. 6 cap. 5; *Nicolai Vigelii* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis p. 1113. Basileae 1570.

47a) Nesennius Apollinaris Iulio Paulo. Ex facto, domine, species eiusmodi incidit: Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit, tam coheredibus eius quam extraneis, ut Falcidiae sit locus; quaero an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia, et si non possit, vel doli exceptione summo venda sit, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit. Respondi: id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur, sed quum is qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans, uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet. Der letzte Satz enthält einen allgemeinen Schluß aus dem bisher erzählten Falle. Daher steht in diesem Satze nicht bloß

cher ein Vermächtniß seinem Miterben leisten soll, von diesem ebenfalls ein Wechsellegat zu fordern hat, so ist er nicht befugt, von dem ihm auferlegten Vermächtnisse diesem Miterben die Falcidische Quart abzuziehn, wenn das Vermächtniß, welches er erhält, so viel beträgt, als er nach dem Rechte der Falcidia hätte abziehn können [48]). Beträgt es weniger, so wird er allerdings so viel den Miterben noch abziehn dürfen, daß ihm die Falcidische Quart gedeckt wird. Ganz dasselbe wird auch für den Fall gelten müssen, wenn simple Legatarien mit der Leistung eines Fideikommisses an einen belasteten Erben vom Erblasser beauftragt wären. Denn das von Paulus im fr. 22 cit. aufgestellte Prinzip: **cum is, qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus, desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id quod percepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat** [49]), ist nicht bloß

---

coheredi statt coheredibus (eine Verwechselung der Numeri, die freilich oft absichtslos geschieht), sondern auch daturus (was schon der Glosse auffällt), obgleich in dem beurtheilten Falle nur von gebenden Töchtern die Rede ist.

48) Unrichtig ist es, mit Alciat (siehe Note 50) diesen hier behandelten Rechtssatz auf den einzigen Fall zu beschränken, wenn akkurat das von den andern Miterben zu zahlende Vermächtniß ihm das Fehlende am Viertel seiner Erbportion ergänzt. Seli Jahrbücher Bd. 3 S. 266 ff.

49) *Nieto* cap. 4 § 17 legt dieser Stelle folgenden Fall zum Grunde. Titia hat 36 Dukaten im Vermögen; sie ernennt ihre drei Töchter zu gleichen Theilen zu Erben und legirt jeder von jeder Schwester 5½. Von der ersten aber legirt sie auch 5½ an fremde Personen, so daß ihr nach vollständiger Berichtigung der Vermächtnisse nur ein einziger Dukaten übrig bleiben würde, obwohl sie iure Falcidiae drei behalten könnte. Es fragt sich daher: kann sie den Schwestern einen abziehn, sowie sie den Fremden einen abziehn darf? Dieß wird geleugnet, indem die Schwestern excipiren werden, der eine Dukaten sey zu compensiren, da sie ja von den Schwestern mehr als einen empfan-

nach seinen Worten, sondern auch nach dem Geiste der Billigkeit, welchen es athmet[50]), ganz allgemein aufzufassen[51]). Nur ist es auf Vermächtnisse zu beschränken. Denn was ein Legatar etwa conditionis implendae gratia dem Erben gezahlt hat, kann nicht zur Compensation gebraucht werden, weil in dem Momente, da es zur Compensation kommen könnte, der Legatar bereits gezahlt haben muß, also von keiner Forderung des Erben mehr die Rede ist[52]). Wohl aber gilt dasselbe auch für den Fall, daß ein Prälegatar seinen Miterben, die von ihm ein Universalfideikommiß zu fordern haben, entgegensteht, wofür sich in c. 24 C. familiae herciscundae[53]) und am Schlusse des fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum[54]) Beispiele finden.

---

gen will. Aber ebenso wird auch geleugnet, daß nun etwa zwei den Fremden abzuziehn sind. Denn da es ihnen Nichts nützt, daß die Erbin, an welche sie gewiesen sind, von ihren Miterben Einiges lucrirt, so kann es ihnen auch nicht schaden, daß die Erbin ihren Miterben keinen Abzug machen darf.

50) *Alciati* Commentaria in tit. Dig. ad leg. Falcid. ad fr. 91 Declaratio V.

51) Gewöhnlich werden diese Worte nur auf das Verhältniß zwischen Miterben angewendet, so z. B. von *Cuiacius* Notae ad Digesta lib. 34 tit. 9 l. 15; *Husman* Paradoxa ad leg. Falcid. in *Otto* Thes. T. IV p. 1751; Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 315, 316. Allein dafür, daß jenes Prinzip auch die Gegenleistung eines Fideikommisses aus den Händen simpler Legatarien umfaßt, erklären sich mit Recht *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 84 und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 282 Note 4.

52) *v. d. Pfordten* a. a. O. p. 84. Es heißt auch im fr. 22 cit.: praestaturus est.

53) Dieß Reskript findet im Anhange seine ausführliche Erklärung.

54) Die hierher gehörigen Worte im neunzehnten Capitel zu Note 63 ff.

Wir müssen diese Abzüge nur als im Wege der Retention und Compensation vermittelt auffassen [55]) und nicht so, wie mehrere Juristen [56]) behaupten, als sey das empfangene oder zu fordernde Vermächtniß von dem belasteten Erben in seine Quart zu imputiren. Denn wenn gleich die Compensation dieselben Vortheile gewähren kann als die Imputation [57]), so sind doch beide Rechtsverhältnisse sehr verschieden [58]). Imputirt in die Falcidische Quart wird nemlich nur das, was heredis titulo erworben wird; bei der Compensation kommt nur ein singulärer Titel, der des Legates vor [59]). Die Imputation geschieht auf den Grund eines Volksgesetzes und dessen Interpretation ipso iure [60]), die Compensation beruht auf

55) *Bartolus* super I, II et III Codicis ad l. 24 C. fam. herc.; *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad legem Falcidiam (Opera p. 586, 587); *Perez* Praelect. in Codicem 3, 36 § 18; *v. d. Pfordten* Diss. cit. p. 83.

56) So nehmen es *Alciatus* Commentaria in tit. ad leg. Falcid. ad l. 91; *Ioannes Sichard* Dictata et Praelectiones in Codicem ad l. 24 C. fam. herc.; *Hotomani* Iureconsultus. Basileae 1559 p. 313; *Donelli* Comm. iur. civ. 8, 26; Comm. absolutissimi Codicis in l. 24 C. fam. herc. § 13; *Giphanius* Explanatio difficiliorum legum Codicis ad c. 24 C. fam. herc. Coloniae Plancianae 1615 p. 198, 199; *Dion. Gothofredus* und *Simon van Leenwen* ad c. 24 cit.; *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B. et C. p. 864...867; *Petrus Grangianus* Paradoxa iur. civ. cap. 49 in *Otto* Thes. Tom. V p. 639; *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 35 tit. 2 § 25; *Bach* de his quae imputantur in quartam fiduciarii § 6 in seinen Opuscula p. 454; Westphal von Vermächtnissen u. Fideikommissen S. 854.

57) fr. 90 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

58) *Maranus* ad l. 24 C. fam. herc. Opera p. 595.

59) Volley im Tübinger juridischen Archiv Bd. 3 S. 30 Note g. Unbedacht ist von *Nieto* cap. 4 § 17 gesagt: quae compensantur vicem hereditatis obtinent.

60) fr. 73 § 5 D. ad legem Falcidiam: legata per legem ipso iure minuuntur; fr. 1 § 5 D. quod legatorum 43, 3.

der Billigkeit [61]) und wirkt daher nur durch die doli exceptio [62]). Einrechnen muß ich also immer, sobald ich auf die lex Falcidia provocire, compensiren aber nicht, sofern ich nur gegenseitig nichts erhalten will [63]). Die Einrechnung in die Quart wirkt absolut, gleichsam dinglich gegen Alle, die von dem Erben Vermächtnisse zu fordern haben [64]); die Compensation wirkt nur persönlich gegen Diejenigen, welche aus dem letzten Willen nicht blos zu fordern, sondern aus demselben auch an den belasteten Erben zu leisten haben [65]).

Bei dieser Compensation tritt nur das Auffallende ein, daß hier Forderungen gegen einander aufgerechnet werden, die zwar auf demselben rechtlichen Grunde, auf demselben letzten Willen beruhn, aber auf generisch ungleichartige Objekte gerichtet sein können [66]). Denn in dem oben betrachteten fr. 78

---

61) aequitas, quae merum ius compensationis inducit fr. 36 De admin. et peric. 26, 7; aequitate compensationis fr. 15 De his quae ut. 34, 9.

62) Obwohl Bolley a. a. O. Note h. behauptet, daß diese Einrede im fr. 78 De hered. inst. 28, 5 exceptio doli mali genannt werde, so scheint doch die Behauptung von Sintenis (Civilrecht Bd. II § 104 Note 59) richtiger zu sein, daß das Wort exceptio niemals bei dieser Form der Vorschützung hier vorkomme. Vgl. jedoch fr. 22 D. ad legem Falcidiam oben Note 47 [a]).

63) Bolley a. a. O. S. 30.

64) *de Barry* de successionibus Vol. II lib. 15 tit. 4 § 2.

65) arg. c. 9 C. de compens. 4, 31; *Albericus de Rosciate* Dictionarium v. Praelegata: Praelegata non imputantur in Falcidiam, nisi quoad eum a quo percipiuntur; *Ripa* super secundam Infortiati ad legem Falcidiam super l. in quartam nr. 40; *Cuiacius* Obss. 8, 3; Notae ad Digesta 34, 9; *v. d. Pfordten* Diss. p. 95; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 191 Note 1. Dieß hat Burchardi System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 373 S. 1223, 1224 übersehn.

66) Sonst ist ja die Compensation bei ungleichartigen Objekten ausgeschlossen c. 6 C. de rei vind. 3, 32.

pr. De heredibus instituendis[67]) sind zwei Erben ernannt, der Eine auf das väterliche Vermögen des Erblassers, der Andere auf dessen mütterliches Vermögen. Wenn man nun nicht annehmen kann, daß es die Absicht des Testators gewesen, Alles durch Testamentsexekutoren verkaufen zu lassen und den Erlös aus den beiden Vermögenstheilen den beiden Erben zu überliefern — denn für eine solche Annahme spricht Nichts — so wollte der Testator wirklich die einzelnen speciellen Vermögensstücke, wie es scheint auch Grundstücke[68]), **in natura** den beiden Erben überweisen; und doch soll hier darauf von dem Erbtheilungsrichter gesehn werden, daß, wenn der eine Erbe gegen den andern die **lex Falcidia** in Anwendung bringen will, dieser Andere dagegen das Recht der Compensation in Anspruch nehmen darf[69]). Vergleichen wir jedoch damit das **fr. 15 De his quae ut 34, 9**, worin es von dem Unwürdigen heißt, dessen Prälegate, soweit sie als Legate bestanden, dem Fiskus zugefallen sind: **Falcidiae beneficio non utetur, si tantum in amissis portionibus erit, quod Falcidiam aequitate compensationis recusaret**[70]), so läßt sich Folgendes

67) Die Worte siehe oben Note 41.

68) quae in Pannonia possidebat heißt es im fr. 78 pr. cit.

69) quadranti retinendo compensetur (oben Note 41), d. h. soviel der Eine als Quart abziehn will, ebensoviel behält der Andere zurück; er compensirt mit der Quart durch sein Retiniren.

70) Die Basiliken lib. 60 tit. 42 l. 15 geben diese Worte also wieder: si quod in codicillis ei relictum, quodque amissum est, compensationis iure Falcidiam impleat. Ein Scholiast zu dieser Stelle will unter Falcidia mit Unrecht die legitima pars verstehn; eher läßt sich die Annahme eines andern Scholiasten zu derselben Stelle vertheidigen, wornach der Testator, nachdem er bemerkt, daß die im Testamente von einem Erben hinterlassenen Legate drei Viertel seines Erbtheils übersteigen, im Codicille diesem Erben noch Vermächtnisse hinterlassen hat, damit er die an ihn gewiesenen Legatarien vollständig befriedigen könne.

als die richtige Ansicht aufstellen. Damit ein Erbe sich in seiner Quart für verletzt erklären konnte, war eine Taxe aller einzelnen Erbschaftsstücke nothwendig [71]), und wenn es nun zur Compensation zwischen den Miterben kam, so wurden nicht die einzelnen ererbten Vermögensstücke als solche, sondern deren Taxwerthe in Betracht gezogen [72]), wodurch die Möglichkeit der Compensation auch bei prälegirten Grundstücken sich erklärt [73]).

71) Wie sollte sonst durch die lex Falcidia ein fundus verkleinert werden nach fr. 25 § 1 D. ad legem Falcidiam.

72) fr. 52 § 3 D. fam. herc. 10, 2: cum familiae herciscundae agitur, universae res aestimari debent. Vgl. fr. 26 § 2 De legatis I. 30; c. 4 Th. C. de inoff. test. 2, 19; *Noodt* Comm. ad Digesta lib. 10 tit. 2.

73) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1, c. 24 C. fam. herc. 3, 36. *Cuiacius* Comm. in lib. 6 resp. Papin. ad fr. 78 De hered. inst. sagt bei Gelegenheit der Interpretation dieser c. 24: compensatur pro modo concurrentis quantitatis, weil nicht das Grundstück selbst, sondern dessen Geldwerth in Betracht kommt. S. den Anhang Nr. V. — Mehr oder weniger ähnliche Compensationsfälle finden sich im fr. 1 § 4 D. si pars hered. 5, 4; fr. 15 § 3 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 48 De rei vind. 6, 1; fr. 40 § 1 De minor. 4, 4; fr. 39 De pigneratitia 13, 7; fr. 1 § 9 Depositi 16, 3; fr. 18 § 4 D. commodati 13, 6; fr. 3 § 1, fr. 5 § 2 De impensis 25, 1; c. 3 C. de luit. pign. 8, 31; c. 8 C. de compens. 4, 31.

Achtzehntes Capitel.

Die Restitution des Prälegates.

Wenn ein Erbe, der zugleich mit einem Prälegate bedacht ist, um die Restitution seiner Erbschaft von dem Erblasser gebeten wird, so fragt sich, ob er auch das Prälegat restituiren muß und in dem Falle, daß diese Frage bejaht wird, zu einem wie großen Theile [1]).

Ist ausdrücklich die Restitution des Prälegates nach einer Zeit ganz [2]) oder augenblicklich theilweise [3]) vom Testator aus-

1) Die Rücksicht auf den Abzug des Trebellianischen Viertels behalten wir einer besondern Darstellung im nächsten Capitel vor.

2) fr. 78 § 14 D. ad SCtum Treb. 36, 1. uxoris fidei commisit, ut partem hereditatis et quaecunque ei legasset, post mortem suam Titio restitueret. Das fr. 34 § 2 De legatis III. 32 und fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14 enthalten nur die Pflicht, ein Präceptionslegat zu restituiren. Wegen fr. 96 § 3 De legatis I. 30 und fr. 87 § 2 De legatis II. 31, welche *Pfeiffer* Diss. § 21 nota y als Beispiele hiefür anführt, siehe oben das erste Capitel Note 39 und 74 ff.

3) fr. 39 § 2 De legatis III. 32; siehe das letzte Capitel Note 289, 354; fr. 93 § 5 D. eod. (identisch mit fr. 38 § 8 eod.): Ex parte dimidia heredi (nicht herede *van de Water* Obss. I, 1 p. 7) instituto per praeceptionem fundum legavit, et ab eo ita petiit: peto, uti velis coheredem tibi recipere in fundo (daß diese Worte schlecht gewählt sind für peto restituas dimidiam fundi partem, bemerkt *Pothier* Pand. de legatis nr. 150) Iuliano meo, quem amplius te recipere iussi, Clodium Verum, nepotem meum, cogna-

Digitized by Google

gesprochen [4]), so muß natürlich diese Disposition aufrecht erhalten werden [5]). Der Belastete wird dadurch verpflichtet, nicht etwa nur diejenigen Theile des Prälegates zu restituiren, welche er legati iure besitzt, sondern er muß auch den Theil herausgeben, welchen er hereditario iure hat [6]).

Anders ist es, wenn der Testator bei der seinem Erben auferlegten Restitutionspflicht der Erbschaft die Prälegate nicht ausdrücklich erwähnt hat. In diesem Falle kann man weder behaupten, daß im Zweifel über die Gesinnung des Erblassers die Prälegate zugleich mit der Erbschaft ganz restituirt werden müssen [7]), noch können wir eine gerade entgegengesetzt lautende Regel aufstellen [8]); sondern wir müssen sagen: der Erbe hat

---

tum tuum; quaero, an pars fundi ex causa fideicommissi nepoti deberetur. Respondit: deberi; fr. 31 § 1 De adimendis 34, 4 matri suae heredi ex parte institutae quatuor praedia legavit, et fidei eius commisit, ut ex his duo socero restitueret. Vgl. darüber *Branchu* in dessen Note zu *Berengeri* Disputatio ad l. 40 de legatis cap. 5. Lugd. Batav. 1721. 12 p. 212.

4) Das fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9 wird von Vangerow Leitfaden Bd. II S. 430 mit Unrecht als ein Beispiel für diesen Fall angeführt, da nur von einer hereditas restituenda die Rede darin ist. Die Worte stehn oben im sechsten Capitel Note 31.

5) *Nicolai Vigelii* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1203. Er hebt nach fr. 78 § 14 D. ad SCtum Treb. 36, 1 dabei als Ausnahme hervor, wenn unter den Prälegaten, deren Restitution allgemein angeordnet ist, sich eine relegata dos befindet.

6) Netteibladt Prälegate S. 54, 55; *Pfeiffer* Diss. § 21.

7) z. B. *Ioannes Vaudus* Variae quaestiones lib. 1 quaestio 8; *Wesembec* Consilia iuris. Consilium 265 nr. 23 nr. 37, der als Gewährsmann den *Paulus Castrensis* anführt; Göschen Vorlesungen § 1067.

8) Regularum iuris civ. et pontif. libri II opera *Baptistae Nicolai*. Francof. 1586. fol. v. praelegatum. *Ferretti* Prae-

stets mit der Erbportion den Theil des Prälegates zu restituiren, der auf seiner Erbportion haftet; ob er aber nur diesen Theil oder das ganze Prälegat zu restituiren hat, das hängt einzig und allein von den Worten ab, mit welchen der Erblasser seinen Willen ausgesprochen.

In der Glosse [9]) aber finden wir die Behauptung aufgestellt, daß zur Entscheidung der hier vorliegenden Frage nicht ausschließlich die vom Testator gebrauchten Worte dienen, sondern daß es zuerst auf die Zeitfolge ankommen soll, wann der Erblasser das Prälegat angeordnet und wann er die Restitution der Erbschaft des Prälegatars verfügt habe. Wenn nemlich der Testator zuerst das Prälegat und darauf das Universalfideikommiß festgesetzt habe, so müsse man allerdings unterscheiden, ob der Erblasser die portio schlechthin oder die **hereditaria portio** zu restituiren gebeten habe, weil in jenem Falle die Prälegate ganz dem Universalfideikommissar zu restituiren sind, während in diesem Falle sie zum Theil bei dem Fideikommissar bleiben; wenn aber zuerst das Universalfideikommiß und darauf das Prälegat bestellt sey, so bilde das Prälegat gar kein Objekt der Restitution [10]).

lectiones in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 10. Opera Francof. 1598 p. 504; Arthur Buddeus in Ersch und Gruber Allgemeine Encyclopädie Artikel: Fideikommiß S. 31.

9) Zu fr. 3 § 4 D. ad SCtum Treb. 36, 1 v. hereditariam heißt es: Distingue: aut primum rogavit et postea praelegavit et non continentur praelegata in fideicommisso, ut fr. 86 D. ad leg. Falcid., aut contra et tunc aut dixit etc.; ferner zu fr. 86 D. cit. praelegata non veniunt in fideicommissum, quando quis primo rogat, secundo praelegat; zu fr. 96 De legatis III. 32; zu c. 16 C. de fideicomm. 6, 42.

10) Für diese Ansicht der Glosse führt *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 63, der sie theilt, nicht weniger als dreißig Schriftsteller auf, denen wir noch folgende hinzufügen können: *Albericus de Rosate* super secunda parte Infortiati ad l. 86 ad

Der Beweis für diese Ansicht, welche Jahrhunderte lang als **communis opinio** galt, soll nach der Glosse und ihren Anhängern vorzüglich in folgenden Stellen liegen: für den ersten Hauptfall in **fr. 3 § 4** und **fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell.**, für den zweiten in **fr. 86 D. ad legem Falcidiam.** Betrachten wir zuerst kurz diese drei Stellen, so finden sich im fr. 3 § 4 allerdings die gewünschten Voraussetzungen [11]). Nachdem Jemand, so heißt es hier, unter seine zu Erben eingesetzten Söhne bedeutende Prälegate vertheilt hatte, bat er einen Jeden von ihnen, im Falle ihres kinderlosen Absterbens, seine Portion den Brüdern zu restituiren, in welchem Falle nach einem kaiserlichen Reskripte die Prälegate zu dem Fideikommisse gehören. Dagegen ist die Behauptung zu bezweifeln [11a]), daß im fr. 18 § 3 [12]) ein Fall vorliege, in welchem, bevor das Prälegat hinterlassen war, die Bitte um Restitution der Erbschaft sich ausgesprochen fand. Es heißt hier: wenn dem Erben ein Vermächtniß hinterlassen und [13]) er gebeten ist, seine Erbschaftsportion zu restituiren, so gibt

---

leg. Falcid. nr. 5, ad l. Marcellus § quidam ad SCtum Trebell.; super prima Infortiati parte ad l. ex facto De hered. inst. *Dynus* Singularia nr. 104 und *Petrus de Ravennate* Singularia nr. 12 (in den Singularia Doctorum. Lugduni 1570 p. 131, 135); *Mantua* Collectanea iuris in secundam Infortiati partem lex 260. Venetiis 1558 p. 51; *Donellus* Comm. absolutissimi Codicis ad l. 24 C. familiae herciscundae und Comm. iuris civilis 7, 25; *Anton Faber* Coniecturae 6, 4; *Nicolai Boerii* Decisio 280 § 8.

11) Die Worte siehe unten Note 39.

11[a]) *Vaudus* Variae quaest. I, 8: Iurisconsultus magis in contrarium inclinat.

12) Die Worte siehe unten Note 58.

13) Das et soll für et postea nach der Glosse verstanden werden; allein der Römische Sprachgebrauch ist eher dagegen, als dafür, indem et viel eher et simul bezeichnet *Handii Tursellinus* sive de particulis latinis Vol. II p. 482 f. p. 505.

er nur diejenigen Theile des Vorvermächtnisses nicht heraus, welche er von den Miterben empfangen; das Uebrige, was von ihm selbst ihm hinterlassen ist, gehört zum Fideikommiß. Denn wenn die einfache Copula und insbesondere das Vorsetzen der einen Handlung vor der andern in der Redeverbindung schon hinreicht, um die Verschiedenheit der Handlungen der Zeit nach zu bezeichnen [14]), so müßte im fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9 die Restitution der Erbschaft später als das Prälegat angeordnet sein. Es heißt daselbst: pro parte heres institutus praedii legatum acceperat et in hereditate [15]) non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat. Während man nun hier nach der Ansicht der Glosse dieselbe Entscheidung als im fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. erwarten sollte, fällt die Entscheidung ganz anders, nemlich dahin aus: praedium integrum esse relinquendum, d. h. das ganze Vermächtniß wird nicht restituirt, gerade so wie in dem zweiten zu erörternden Hauptfalle der Glosse, welcher durch fr. 86 D. ad legem Falcidiam [16]) bewiesen werden soll. Hier heißt es also: eine Frau hat ihren Bruder auf den dritten

14) So Hepp im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 10 S. 302 bei Erklärung des fr. 7 § 1 D. qui potiores 20, 4.

15) Ungenau faßt Roßhirt diesen Paragraphen auf, wenn er (Vermächtnisse Bd. 1 S. 263) schreibt: Diese Stelle bemerkt, das dem coheres ausgesetzte Legat bestehe eigentlich auf den Erbtheil des Prälegatars nicht; weil er aber in der Absicht damit honorirt sey, um mit dem ganzen Betrage wieder per fideicommissum zu Gunsten eines non capiens honorirt zu werden, so soll er auch das Ganze erhalten, um es wieder herauszugeben. Unrichtig ist nemlich die Annahme, daß der Prälegatar in diesem Falle mit dem ganzen Betrage belastet ist; denn das ihm auferlegte Fideikommiß lautet nur auf Restitution der hereditas, nicht alles Dessen, quidquid ex hereditate ad eum pervenit. Er ist daher gar nicht verpflichtet, das Ganze, was er erhalten, herauszugeben.

16) Die Worte s. unten Note 74.

Theil ihres Vermögens zum Erben ernannt und ihn gebeten, diesen Erbtheil an zwei Mädchen zu restituiren, endlich ihm einige Grundstücke prälegirt; und diese soll derselbe ganz zurückbehalten dürfen. Bei diesem Fragmente ist es noch weniger möglich, die Behauptung der Glosse zu erweisen, daß die Restitution der Erbschaft zuerst und später das Prälegat angeordnet war [17]); sie muß aber als vollkommen verwerflich erscheinen durch die Vergleichung mit fr. 77 § 12 De legatis II [18]), worin wir folgende letztwillige Anordnung eines Ehemannes lesen: Ich bitte dich, liebe Frau, daß du bei deinem Tode meiner Tochter Alles herausgibst, was dir unter welchem Titel nur immer aus meinem Vermögen zugefallen ist. Später (postea) in einem Codicille hinterläßt der Testator noch Etwas seiner Frau. Entscheidet hier nun der Jurist, wie er es nach der Ansicht der Glosse müßte, dahin: das Prälegat sey ganz zurückzubehalten? Keineswegs! Gerade im Gegentheile verlangt Papinian, daß dieß Prälegat zugleich mit jenem Universalfideikommisse zu restituiren sey [19]), und zwar

17) Zwar behauptet *Gaspar Antonius* Thesaurus quaestionum forensium lib. I qu. 17 nr. 25: ex ipsa facti serie et nomine praelegatorum fideicommissum praecessisse coniicimus. Wenn aber die Leseart, welche *Marianus Socinus iunior* Consiliorum Vol. III consilium. 107 nr. 37 für fr. 86 D. 35, 2 angibt: praelegaverat statt praelegavit, die richtige wäre, so würde dieß entschieden für die frühere Bestellung des Prälegates sprechen.

18) „Fidei tuae committo, uxor, ut des, ut restituas filiae meae, quum morieris, quidquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit;" etiam ea, quae postea codicillis uxori dedit, fideicommisso continebuntur; nam ordo scripturae non impedit caussam iuris ac voluntatis, sed dos praelegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur, quam dari.

19) Durch diese deutliche Entscheidung widerlegt sich das schwache Argument der Glosse und ihrer Anhänger, daß der Erbe nicht zu restituiren gebeten werden könne, was er noch nicht habe, gegen wel-

hebt er hier noch den gegen die Glosse entscheidenden Grund hervor: **ordo scripturae**[20]) **non impedit causam iuris ac voluntatis**, d. h. die Reihenfolge, in welcher die eine oder die andere letztwillige Anordnung geschrieben ist, kann nicht Einfluß auf die daraus resultirenden Rechtsverhältnisse und auf die Auslegung des Willens des Erblassers haben.

Da nun nirgends in den Quellen die Verschiedenheit in der Entscheidung, ob Prälegate ganz oder theilweise oder gar nicht zu restituiren sind, auf eine Wortfolge zurückgeführt wird[21]), es ferner sonderbar wäre, wenn in dem Falle, daß der Testator gesagt: **hereditatem restituas certa re deducta** anders entschieden werden müßte, als wenn es hieße: **deducta re certa restituas hereditatem**, ferner die von der Glosse aufgestellte Ansicht über die Gründe der abweichenden Entscheidung weder im Stande ist **fr. 86 D. ad legem Falcidiam** mit **fr. 77 § 12 De legatis II**, noch **fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebellianum** mit **fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9** in Harmonie zu bringen, so war es natürlich, daß, nachdem erst einzelne Juristen im funfzehnten Jahrhundert[22]) sich gegen die

---

ches *Voorda* Interpretationes cap. 30 einwendet: daß der Erbe doch schon vor Anordnung des Prälegates den Theil desselben habe, welchen er hereditario iure besitzt. Man sehe noch *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 15.

20) Man vgl. fr. 20 pr., fr. 22 De hered. inst. 28, 5.

21) *Ferrettus* Praelect. in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 6. Opera p. 503.

22) *Raphael Cumanus* in secundam Infortiati partem ad tit. ad legem Falcidiam ad l. Titia: si de portione distinguitur, an praecedant (praelegata) vel sequantur, ut in Glossa secundum Doctores, *quod multum non placet.* Er beruft sich dabei auf fr. 96 De legatis III, fr. 30 pr. § 7 De legatis I und fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. Mit ihm gleicher Ansicht soll (nach *Ferrettus*) sein Zeitgenosse *Raphael Fulgosius* gewesen sein. Nach ihm haben *Angelus Aretinus*, *Marianus Socinus Iunior* (Con-

Digitized by Google

herrschende Lehre erklärt, die Zahl der Gegner gegen diese Lehre der Glosse immer größer wurde, so daß **Cujacius** jene Unterscheidung bereits mit den Worten inepta est [23]) abfertigen konnte. Dessenungeachtet wurde von Praktikern die herkömmliche Darstellung oft beibehalten [24]) und nur bisweilen hinzugefügt, daß dieselbe nach der Theorie sich nicht vertheidigen lasse [25]).

Wir sind also mit dem oben citirten Fragmente Papinians der Meinung, daß der ordo scripturae gar nicht in Betracht zu ziehn ist [26]), sondern daß einzig und allein der durch die Worte [27]) ausgedrückte Wille [28]) des Testators entscheidet. Soll der Erbe schlechthin seine portio [29]) oder quid-

silia Vol. III consil. 107 nr. 35, 36: ordo scripturae non attenditur in ista materia; Vol. IV consil. 89 nr. 5, 6, 7: debet iustitia et veritas communi opinioni praevalere), *Corasius* (s. Note 26), *Arnaldus Ferrerius* die richtige Ansicht vertheidigt.

23) Comm. in Codicem 6, 42.

24) Man vgl. die Darstellung am Schlusse dieses Capitels.

25) So z. B. von *Franciscus de Barry* Opus de successionibus Vol. I lib. 8 tit. 12 nr. 7.

26) arg. § 34 I. de legatis 2, 20; fr. 20 pr., fr. 78 § 2 De hered. inst. 28, 5; fr. 2 § 6 De vulg. et pup. subst. 28, 6; fr. 6 De solut. 46, 3; *Ioannis Vaudi* Variae quaestiones lib. I quaest. 8; *Ioannis Mariae et Iacopini a Riminaldis* Consilia. Venetiis 1576. Consil. 248 nr. 14; *Corasii* Comm. in l. cum virum. C. de fideicommissis. Opera Tom. II p. 337 § 9: audacter affirmo, non esse aliquem scripturae ordinem sequendum.

27) *Nicolaus Vigelius* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1202; *Hertii* Responsa et Consilia Resp. 354 § 4. Francofurti 1729 p. 596; *I. H. Boehmer* Consult. et Decis. Resp. 701 nr. 41, 42.

28) *Ferretti* Praelectiones in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 3 in Opp. Francofurti p. 503.

29) fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

quid ex hereditate [30]), ex bonis [31]), ex hereditate bonisve [32]), oder quidquid quoquo nomine de bonis meis [33]) ad eum pervenerit restituiren, so muß er das Prälegat auch in den von seinen Miterben empfangenen Theilen herausgeben [34]). Ist hingegen der Erbe und Prälegatar vom Testator gebeten, seine hereditas [35]) oder seine hereditatis pars [36]) oder seine hereditatis portio [37]) zu restituiren, so gibt er von dem Prälegate nur den Theil heraus, welcher auf seiner Erbportion haftet [38]).

---

30) fr. 40 § 1, fr. 41 § 14 De legatis III. 32; c. 16 C. de fideicomm. 6, 42 (die Worte s. unten Note 52), fr. 32 quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum (heredem) pervenerit D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

31) fr. 3 § 3 De usuris 22, 1 (die Worte im fünften Capitel Note 41).

32) fr. 78 § 13 D. ad SCtum Treb. 36, 1.

33) fr. 77 § 12 De legatis II. 31.

34) *Ferrettus* l. l. nr. 7 u. 16; *Cuiacius* Comm. in lib. 40 Dig. Iuliani ad l. 86 D. ad leg. Falcid.; Comm. in Codicem 6, 42; Comm. in lib. XV resp. Papin. ad l. 18 § 2 De his quae ut.; *Hertius* Diss. de praelegatis § 19; *Averanius* Interprett. 5, 11 § 10; *Struvio-Grotio-Schnobelianarum* Disputationum Disp. 18 ad lib. 36 tit. 1 § 9. Gedani 1693. 4.

35) § 9 I. de fideic. her. 2, 23; fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9; fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 18 § 2 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 vgl. fr. 51 eod.

36) fr. 77 pr. De legatis II. 31.

37) fr. 18 § 3 D. ad SCtum Treb. 36, 1; c. 24 C. fam. herc. 3, 36.

38) Hereditatis appellatione neque legata neque fideicommissa continentur fr. 96 De legatis III. 32; *Petrus Ioannes Ancharanus* Familiarium iuris quaestionum libri III. Venetiis 1580 lib. I qu. 69 § 1; *Goveanus* Variorum iuris civ. lib. II cap. 21; *Corasii* Comm. in l. filium quem § 18 in seinen Opera ed. Forster Tom. II p. 206; *Wissenbach* Disp. IX ad lib. 36 tit. 1

Daß die Unterscheidung zweier solcher Hauptfälle richtig ist, müssen wir nun beweisen.

Was den ersten Hauptfall betrifft, wenn der Testator die portio schlechthin zu restituiren befohlen hat, so ist durch ein von Ulpian uns erhaltenes kaiserliches Reskript entschieden, daß alsdann nicht bloß der hereditario iure, sondern auch der legati iure besessene Theil des Prälegates restituirt werden müsse. Die Veranlassung zu diesem Reskripte [39]) war folgende. Jemand hatte seine Kinder auf verschiedene Portionen zu Erben eingesetzt und ihnen so viele Prälegate hinterlassen, daß dadurch die größere Hälfte seines Vermögens vertheilt war; er hatte ferner gebeten, daß, wer von seinen Kindern ohne Leibeserben stürbe, seine portio den überlebenden Geschwistern herausgeben solle. Als nun dieser Fall bei einem Erben eingetreten war, wurde die Frage aufgestellt, ob auch die Prälegate restituirt werden müßten; und der Kaiser bejaht diese Frage aus dem Grunde, weil der Erblasser sich nicht des engern Ausdrucks hereditaria portio bedient, sondern ganz allgemein die portio als Gegenstand der Restitution genannt habe, worunter auch die Vorvermächtnisse gehörten [40]). Das-

---

§ 18; *Pfeiffer* Diss. § 22; Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 4 S. 290, 291.

39) fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: Ulpianus libro III Fideicommissorum. Quidam liberis suis ex disparibus partibus institutis, datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset, rogavit eum, qui sine liberis decederet, portionem suam fratribus restituere. Imperator noster (dieß ist Caracalla, denn unter ihm schrieb Ulpian seine libri fideicommissorum fr. 1 § 4 De legatis III; fr. 30 § 15 De fid. lib. 40, 5) rescripsit, praeceptiones quoque fideicommisso contineri, quia non portionem hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem; in portionem autem et praeceptiones videri cecidisse.

40) *Cuiacii* Comm. ad tit. 1 de legatis III ad l. Sextiam;

selbe gilt nach einem Reskripte von Carus, Carinus und Numerianus [41]) in dem Falle, wenn der Erblasser seinem Erben und Prälegatar quidquid ex hereditate ad eum pervenerit zu restituiren auferlegt hat [42]). Die Kaiser berufen sich bei dieser Gelegenheit auf eine eben so lautende Entscheidung Papinians [43]) für den Fall, daß Jemand zwei Erben eingesetzt und den einen, dem er eine Besitzung prälegirt, gebeten habe, bei seinem Tode dem Miterben oder einem Dritten [44]) quidquid ex hereditate ad eum pervenerit zu restituiren. Deshalb, weil in dem Digestenfragmente, sowie in der Coderstelle ein solcher Fall zum Grunde liegt, in welchem die Restitution des aus der Erbschaft Empfangenen erst nach dem Tode des ursprünglich Berechtigten geschehn soll, könnte man auf diese Restitutionszeit Gewicht legen wollen; jedoch wird in der Entscheidung dieser Fälle darauf Nichts gegeben, so daß der Zeitpunkt der Restitution der Erbschaft als unwesentlich für den Umfang dieser Verbindlichkeit betrachtet werden muß [45]). Auch wird diese Ansicht durch einen Bescheid Scävolas bestätigt [46])

Giphanius Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis ad c. 24 C. familiae herciscundae.

41) c. 16 C. de fideicommissis 6, 42 (die Worte siehe unten Note 52); *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 4 § 15.

42) *Cuiacius* Comm. in Cod. 6, 42: Ea verba latissime patent et complectuntur omnia, quae ex hereditate proficiscuntur vel derivantur; etiamsi iure hereditario non capiuntur; ergo in restitutione fideicommissi veniunt integra praelegata salva Falcidia.

43) Das Antwortschreiben Papinians, auf welches die Kaiser hier verweisen, findet sich in den uns erhaltenen Quellen nicht.

44) *Brunnemann* Comm. in Codicem 6, 42 in l. 16 nimmt das Erste an.

45) Singularia Doctoris *Ludovici Romani* nr. 174; *Perez* Praelect. in Codicem 6, 42 § 6; 6, 49 § 15.

46) fr. 40 § 1 De legatis III. 32. Die Worte siehe unten

für den Fall, daß der Testator um sofortige Restitution dessen **quidquid ex hereditate ad eum pervenerit** gebeten hat. Ein Gleiches gilt bei dem gewählten Wortformulare: **quidquid ex bonis ad te pervenisset** [47]) oder **quodcunque heres cepisset** [48]) oder **quidquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit** [49]), weshalb man auch die häufig ausgesprochene Behauptung [50]) unterschreiben kann, daß, wenn sich der Erblasser **generaliter** oder mit **universalibus verbis** [51]) bei der Auflage der Restitution an seine Erben ausgedrückt habe, darunter die Prälegate begriffen sein sollen.

In jenem Reskripte von Carus, Carinus und Numerianus [52]) wird aber zugleich auch angedeutet, daß keineswegs

---

hinter Note 54. Allerdings sind in diesem Falle die Prälegate ausdrücklich dem Fiduciar vorbehalten.

47) fr. 3 § 3 De usuris 22, 1.

48) fr. 67 § 10 De legatis II. 31.

49) fr. 77 § 12 De legatis II. 31. Hier ist von der Restitution nach dem Tode des Erben die Rede.

50) *Salicetus* supra sexto Codicis ad l. 16 C. 6, 42; *Menochii* Consilia 86 nr. 6, 12, 13; consil. 141 nr. 23; de praesumtionibus lib. IV praes. 194 § 31 § 45; *Gomez* Variarum resolutionum Tom. I cap. 5 nr. 18; *Gaill* Obss. practicae lib. II obs. 135. Ohne Grund beschränkt dieß *Mueller* Promtuarium iuris novum v. praelegatum § 5 auf den Fall: si testator in casum, si sine liberis decesserit, generaliter restitutionem iniunxit.

51) Unter den Praktikern herrscht aber in vielen Fällen Streit, ob generalia oder universalia verba vorliegen. S. Note 103.

52) c. 16 C. de fideicommissis 6, 42. Quum virum prudentissimum Papinianum respondisse non ignoramus, etiam legata huiusmodi fideicommisso contineri, id est ubi heres rogatus fuerit, quidquid ex hereditate pervenerit, post mortem restituere, animadvertimus, etiam praeceptionis compendium testatoris verbis comprehensum esse. Sane quoniam in fideicommissis voluntas magis, quam verba plerumque intuenda sunt, si quas pro rei veritate praeterea probationes habes, ad commendandam hanc patris voluntatem,

die bisher angegebenen Worte nothwendig diese angegebene Bedeutung und Wirkung haben müssen, sondern daß dieselbe nur zu präsumiren, also der Gegenbeweis dem belasteten Erben nicht abgeschnitten sey, wonach der Testator mit jenen Worten nicht die Restitution des ganzen Prälegates habe bezeichnen wollen [53]).

Am leichtesten ist natürlich dieser Beweis zu liefern, wenn der Testator selbst ausgesprochen hat, daß unter dieser allgemeinen Bezeichnung nicht die Vermächtnisse des Fiduciars begriffen sein sollen [54]). So lesen wir im fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: fideicommisit, ut quidquid ad eum ex hereditate bonisve pervenisset, *deducto* pro ea parte aere alieno, et *legatis*, et sibi viginti aureis restituat Titio; im fr. 3 § 3 De usuris 22, 1: Pollidius rogatus filiae mulieris quidquid ex bonis eius ad se pervenisset restituere ... eundemque Pollidium *fundum retinere* iussisset; im fr. 40 § 1 De legatis III: quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, restituas filio tuo *retentis tibi hortis meis*; im fr. 41 § 14 D. eod.: quidquid ad te ex hereditate mea pervenerit, *exceptis his*, *si qua tibi su-*

quam fuisse asseveras, apud praesidem experiri non vetaris. Es ist zweifelhaft, wie schon die Glosse bemerkt, ob die kaiserlichen Worte in diesem Reskripte an den Fiduciar oder an den fideikommissarischen Erben gerichtet sind. Im ersten Falle ist die Leseart commutandam, im zweiten Falle, für den sich *Corasius* im Commentar zu dieser Stelle § 14 (Opera T. II p. 335), *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32, Sintenis in der Deutschen Uebersetzung dieser Stelle und *Dirksen* Manuale v. commendare § 3 entscheiden, die Leseart commendandam, d. h. confirmandam, probandam vorzuziehn.

53) *Cuiacius* Consultatio 37; *Perez* Praelect. in Codicem 6, 42 § 6; *Hertius* Diss. de praelegatis § 19; *Hofacker* Principia § 1533.

54) *Donelli* Comm. absolutissimi Codicis ad l. 16 C. fam. herc.; *Voetius* Comm. ad Pand. 36, 1 § 37.

pra legavi. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Testator hervorhebt, er wolle nicht, daß die Anordnung des Universalfideikommisses den Prälegaten präjudicirlich sey [55]). In diesen Ausnahmsfällen werden die Prälegate nicht bloß zu den Legatstheilen, sondern ganz zurückbehalten [56]). Endlich erhält der Universalfideikommissar Nichts vom Prälegat, wenn der Testator die Restitution des Prälegates an eine von dem Universalfideikommissar verschiedene Person angeordnet hat [57]).

Wir kommen zu dem zweiten oben hervorgehobenen Hauptfalle, wenn nicht die portio schlechthin, sondern die hereditaria pars oder portio zu restituiren ist. Für diesen Fall lesen wir von Ulpian [58]) die deutliche Aeußerung, daß nach einer Entscheidung von Mark Aurel, welche die bis dahin schon bestehende Praxis bestätigte, der Erbe, dem ein Vermächtniß hinterlassen und welcher gebeten ist, seine hereditatis portio zu restituiren, verpflichtet sey, Dasjenige, was am Prälegate von seinem Erbtheile zu entrichten ist, mit dem Fideikommisse zu restituiren, daß er aber die Theile des Prälegates, welche er von den Miterben empfange, zurückbehalten dürfe. Was hier nun von der hereditatis portio gesagt ist, muß auch gelten, wenn der Erblasser gebeten hat, die hereditatis

55) *Merenda* Controversiae lib. 4 cap. 45 § 8.

56) arg. fr. 40 § 1 De legatis III. 32. Die Worte im zehnten Capitel Note 24. *Peregrinus* de fideicommissis art. VII § 52 gibt diese Meinung auch als die communis Doctorum intentio an.

57) arg. fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; die Worte siehe funfzehntes Capitel Note 28.

58) fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit; ceterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit; et id Divus Marcus decrevit.

pars [58a]) oder die hereditas zu restituiren, indem ja nach **fr. 96 De legatis III** die **hereditas** nicht die Legate in sich begreifen soll [59]).

Keine Ausnahme von dieser Regel enthält der Satz, daß Wechsellegate gar nicht restituirt werden dürfen, deshalb, weil dieselben ja einzig von den Miterben, also nur **iure legati** erworben werden [60]); ebensowenig auf der andern Seite der Satz, daß ein in Gelde bestehendes Prälegat ganz restituirt werden muß, weil dieß Geld ausschließlich aus der Erbportion des Fiduciars, also ganz **hereditario iure** gewonnen wird [61]). Wirkliche Ausnahmen von unserer Regel finden wir in den Rechtsquellen nur zwei aufgestellt. Ein Erblasser, so heißt es im **fr. 17 pr. D. ad SCtum Trebellianum** [62]), bittet seinen Erben, den Titius zum Erben einzusetzen. Die Bedeutung dieser Bitte wurde durch einen Senatsbeschluß dahin festgesetzt, daß der gebetene Erbe die Erbschaft des Bittenden an jenen Dritten restituiren müsse, weil in diesem Falle **hereditas** soviel als **quidquid ex hereditate consecutus est** bedeuten solle, so daß auch die etwa hinterlassenen Prälegate dieser

58a) fr. 77 pr. De legatis II. 31.

59) *Merenda* Controversiae 4, 44 § 15.

60) Vgl. im fünften Capitel zu Note 252.

61) fr. 77 pr. De legatis II. 31; fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Vgl. das funfzehnte Capitel Note 28 ff.

62) Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat? et Senatus censuit, rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse; verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat: id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret. Wegen dieser Ausnahme leugnet *Ioannes Vaudus* Variae quaestiones lib. II qu. 17 ganz allgemein den Unterschied, welchen wir zwischen der zu restituirenden hereditas und dem quidquid ex hereditate vertheidigt haben. Ebenso lib. I qu. 8.

Erbe herausgeben muß [63]). Sodann: wird ein Fiduciar durch den Fideikommissar gezwungen, die Erbschaft anzutreten, so soll er gar keinen Vortheil aus der Erbschaft haben, also auch die Prälegate ganz zu restituiren verpflichtet sein [64]).

Generalisiren wir diese beiden Ausnahmen, so kann man sagen, unsere Regel erleide da eine Ausnahme zu Gunsten des Fideikommißerben, wo ein entgegenstehender Wille des Testators, eine Begünstigung Jenes, gesetzlich angenommen wird [65]). Hieraus rechtfertigt sich folgende von einigen Neuern aufgestellte specielle Ausnahme [66]): wenn alle Erben auf einzelne Sachen instituirt sind und einer derselben um die Restitution seines Erbtheils gebeten ist, so muß er Alles restituiren, weil sonst die angeordnete Restitution der Erbschaft in diesem Falle jedes Objekts ermangeln würde. Käme dieser Fall einmal vor, so würden wir, wenn keine entgegenstehende Absicht des Testators erwiesen werden könnte, auch für eine vollständige Restitution der Prälegate uns entscheiden, weil diese hier von der Erbschaft untrennbar sind, was sich auch darin zeigt, daß in einem solchen Falle nicht, wie gewöhnlich, die Erbschaft ausgeschlagen und dennoch das Prälegat eingefordert werden darf [67]), sondern mit dem Ausschlagen der Erbschaft auch zugleich das Prälegat verloren geht [68]).

---

63) *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 48, 51.

64) fr. 55 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Vgl. hierüber das zwanzigste Capitel zu Note 109 ff. *Vigelius* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1203.

65) *Merenda* Controversiae IV, 43 § 25.

66) *Barth. Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam; *Peregrinus* a. a. O. nr. 60 und 68; *Merenda* Controversiae IV, 44 § 25, 26.

67) fr. 87 De legatis I. 30.

68) fr. 90 § 1 De legatis I. 30.

Auf der andern Seite kommen aber auch Ausnahmen von unserer Regel zu Gunsten des Fiduciars und Prälegatars vor, also daß dieser gar nichts von dem Prälegate[69]) zu restituiren hat. Dieß ist der Fall, wenn der Testator ausdrücklich die Zurückbehaltung einzelner Sachen bei der Restitution der Erbschaft verfügt hat[69a]), gleichviel ob erst in dieser Erklärung die Anordnung eines Vorvermächtnisses liegt[70]) oder ob er schon vorher ein Prälegat angeordnet hat[71]), dessen Zurückbehaltung er bei der Auflage der Restitution ausspricht[72]).

---

69) Singularia *Ludovici Romani* nr. 174.

69[a]) Aus solchen Fällen kann unmöglich mit Clauffen in der Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 185 geschlossen werden, daß überall bei mangelnder Willenserklärung des Testators das Zurückbehalten des ganzen Prälegates gesetzlich sei.

70) Dieß ist z. B. der Fall im § 9 I. de fideic. hered. 2, 23: si quis una aliqua re deducta sive praecepta rogatus sit restituere hereditatem.

71) Dieß ist im fr. 3 § 2 und fr. 51 D. ad SCtum Trebell. in den Worten deductis legatis restituere quis hereditatem rogatur, sowie dann der Fall, wenn z. B. der Testator sagt: salvis legatis restituas hereditatem. *Peregrinus* a. a. O. nr. 13.

72) *Voetius* Comm. ad Pand. 36, 1 § 37 und mit ihm *Hofacker* Principia § 1533 wollen zwischen den beiden oben zusammengestellten Fällen unterscheiden; im ersten Falle stimmen sie mit unserer Ansicht überein, aber im zweiten Falle verlangen sie die Restitution des Erbtheils am Prälegate. Allerdings haben wir keinen so direkten Beweis für den zweiten Fall, wie für den ersten im § 9 I. de fideic. hered. 2, 23, wo ein Erbe gebeten ist, seine Erbschaft mit Zurückbehaltung einer Sache zu restituiren, und wo er diese Sache, trotzdem daß sie einem Viertel der Erbschaft an Werthe gleich kommt, ganz zurückbehalten darf. Aber da wir ausgeführt haben (im zweiten Capitel Note 85 ff.), daß auf die Art und Weise, wie ein Vermächtniß dem Erben hinterlassen ist, es heut zu Tage gar nicht ankommen kann, so muß auch der von Voetius aufgestellte Unterschied in sich zerfallen.

Eben hierher gehört auch die singuläre [73]) testamentarische Verfügung, welche Julian in der ersten Hälfte des fr. 86 D. ad legem Falcidiam [74]) mittheilt.

Es hat eine Frau ihren Bruder Titius auf ein Drittel

---

73) *Petrus de Ravennate* (Singularia Doctornm. Lugduni 1570 p. 135 nr. 12) sagt: iste est textus singularis secundum Bartolum. Aehnlich drückt sich *Giphanius* Explanatio difficiliorum legum Codicis ad c. 24 C. fam. herc. p. 199 aus. *Voorda* Interpretationes cap. 30 erklärt sich dafür, daß hier kein ius generale, sondern ein speciale ausgesprochen sei. Göschen Pandektenvorlesungen § 1069: daß im fr. 86 nur ein Theil des Betrages der Prälegate auf die Quart eingerechnet wird, beruht auf einer besondern, nur für diesen Fall gerade passenden coniectura voluntatis.

74) Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit, fideique eius commisit, ut hereditatem, *retenta quarta parte*, Secundae et Proculae restitueret; eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaero, an Titius ea quae praelegata sunt, etiam (Haloander streicht dieß Wort gewiß mit Recht) pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere (statt restituere liest Haloander zur bessern Verdeutlichung: ut restitueret; Voorda a. a. O. Cap. 29, mit welchem Sintenis in der Uebersetzung dieses Fragments übereinstimmt, will durch eine Art Gemination: restituere, restitueret lesen, obwohl auch das zweite Mal der Infinitiv stehn könnte, von dem folgenden Worte debeat abhängig. Daß jedoch dieß Wort überflüssig wiederholt wird, zeigt die Vergleichung mit fr. 27 § 14 D. ad SCtum Trebell.: an praecipere debest), an (Baudoza läßt dieß Wörtchen ganz fort; Anton Faber Coniecturae 6, 4 will dafür ac lesen; besser ist aber die Ansicht von Maranus, welcher hinter an etwa inquam sich zu denken vorschlägt und diesen Satz für eine Wiederholung und Verdeutlichung des vorigen erklärt: etiam pro ea parte, quam rogatus est, scil. ut restitueret, restituere, an etc.) integra retinere debeat? Respondi, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum. (Hieran schließt sich die zweite, weniger hierher gehörige Hälfte des Fragments.) Sed si non esset adiectum, ut *pars quarta* deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur.

zum Erben eingesetzt und ihn gebeten, diesen seinen Erbtheil, **hereditatem**[75]), an zwei Personen **retenta quarta parte** zu restituiren; auch hat sie demselben Bruder Titius einige Grundstücke prälegirt. Untersuchen wir nun, wie nach unseren bisher aufgestellten Regeln die Entscheidung dieses Falles gegeben werden muß! Die bisherigen Beispiele, welche wir betrachtet haben, waren von der Beschaffenheit, daß der Erbe die ganze Erbquote, welche ihm zu Theil geworden, zu restituiren hatte. Im vorliegenden Falle hat der Erbe weniger zu restituiren; von den vier Zwölfteln, auf welche er zur Erbschaft berufen ist, hat er nur nöthig, drei herauszugeben; er kann ein Zwölftel nach den ausdrücklichen Worten der Testatrix zurückbehalten, und zwar ist dieses Zwölftel nach den Worten und nach dem Willen der Testatrix nicht etwa eine Quote seiner Erbschaft mit Ausschluß seines Prälegates, sondern eine Quote mit Einschluß desselben. Denn es heißt nicht **retenta quarta eius, scil. hereditatis, parte**, sondern **retenta quarta parte** schlechthin[76]). Ihm blieb also ein Zwölftel seines Prälegates

75) *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. Opera T. II p. 338 § 12.

76) Wir können daher in den Gründen der Entscheidung nicht der Ansicht von Chesius (de differentiis iuris cap. 18 in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 672) beistimmen, welche sich also ausspricht: Wenn der Testator 18 hinterläßt und drei Erben zu gleichen Theilen einsetzt, so hat der Eine von ihnen, dem Grundstücke, 3 werth, prälegirt sind, nach dem Willen des Testators 5 heredis und 3 legati iure (in der Wirklichkeit 6 heredis und 2 legati iure). Derselbe Erbe soll seinen Erbtheil mit Abzug von einem Viertel restituiren. Da der Testator unter dem Erbtheile nur 5 verstand, so hat der Erbe, wenn er davon ein Viertel abzieht, $1\frac{1}{4}$, was aber nicht die ganze Quart ist; denn da jeder Erbe wirklich 6 hat, so ist die Quart $1\frac{1}{2}$. Da also an der Quart noch $\frac{1}{4}$ fehlt, so ist dieß von dem Drittel des Prälegates abzuziehn, und dieses $\frac{1}{4}$ ist gerade von gleichem Betrage mit einem Zwölftel des Prälegates. Denn obwohl der Testator ge-

gewiß zurück. Aber wie war es mit den übrigen eilf Zwölfteln? Daß er jedenfalls acht Zwölftel iure legati von seinen Miterben bekam, kann nicht zweifelhaft sein. Nur da er drei Zwölftel der Erbschaft restituirt, so fragt sich: werden auch drei Zwölftel des Prälegates darunter begriffen sein? Hier war eine doppelte Entscheidung möglich. Entweder wurde Titius (und so mußte nach strengem Rechte die Entscheidung ausfallen) als Erbe auf ein Drittel der ursprünglichen Erbeseinsetzung gemäß angesehn; alsdann mußte er, wegen der von der Testatrir ausdrücklich gegebenen Retentionsbefugniß des Zwölftels [77]), die drei Zwölftel des Prälegates zugleich mit der Erbportion restituiren; oder er konnte nach einer billigern Rücksicht [78]), indem die an ihn gewiesenen beiden Universalfideikommissare zusammen als Erben auf drei Zwölftel gehalten wurden, als Erbe nur auf ein Zwölftel gelten, was er wirklich nach geschehener Restitution blieb [79]); dann brauchte er gar nichts vom Prälegate zu restituiren, weil ihm ausdrücklich

---

wünscht, daß der eine Erbe seine Erbportion retenta quarta parte restituire, und nicht gewollt, daß das Prälegat in der Erbschaft enthalten sei, damit nicht auch vom Prälegate die Quart abgezogen werde, so konnte er doch nicht hindern, daß wenigstens ein Zwölftel vom Prälegate abgezogen würde.

77) *Donelli* Comm. iur. civ. 7, 30; Bolley im Juridischen Archiv Bd. 3. 1803. S. 46.

78) Westphal von Verm. u. Fideik. S. 1267: es war billig, daß, im Falle die Erblasserin die Quart ausdrücklich abzuziehn erlaubte, der Fiduciar mehr Vortheil hatte, als in dem, wo solches nicht geschah. Auf die Billigkeit der Entscheidung beruft sich auch Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 285.

79) *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B. et C. p. 864; *Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 445, 446 (ganz ungerecht sind die Vorwürfe, die ihm hierüber *Voorda* Interpret. cap. 30 macht); *v. d. Pfordten* Diss. p. 98.

eine solche **pars**[80]), nicht bloß die **hereditaria pars** zu retiniren verstattet war. Für diese zweite billige, dem Fiduciar günstigere Auslegung erklärt sich Julian, indem er sagt, der Bruder könne die Prälegate ganz in Anspruch nehmen, freilich zu dem Zwölftel, auf welchem er Erbe bleibe, von sich selbst, so daß dieses letzte Zwölftel des Prälegates in seinem Zwölftel des Erbtheils mitberechnet werden müsse[81]). Hätte die Testatrix ihre Disposition nicht mit dem Zusatze **retenta quarta parte** im Testamente getroffen, so waren zu Julians Zeit, ebenso wie im Justinianeischen Rechte, zwei Fälle möglich. Entweder der Restituent provocirte nicht auf das Senatusconsult, welches ihm den Abzug einer Quart erlaubte, dann würde er nichts mehr haben retiniren dürfen, als diejenigen Theile der prälegirten Grundstücke, welche er von den Erbtheilen seiner Miterben bekommen, also zwei Drittel dieser Grundstücke, das fehlende Drittel aber würde er von dem Fideicommissar, weil derselbe **heredis loco** ist, **utiliter** einfordern können, — oder der Restituent provocirte auf die Quart; dann wird er, wie wir dieß im folgenden Capitel sehn werden und wie hier Julian am Schlusse der Stelle bemerkt, ebenso jene zwei Drittel **iure legati** zurückbehalten dürfen, außerdem aber auch berechtigt sein, das noch fehlende Drittel der Prälegate, welches er von seinem eigenen Erbtheile, also **hereditario iure** hat, in die mit gesetzlicher Erlaubniß zurückzubehaltende Quart seiner Erbportion einzurechnen[82]). Der Grund

80) Daß pars und portio identisch ist, siehe oben Note 36, 37.

81) Lindelof im Archiv für civil. Praxis Bd. 4 S. 441, 442.

82) fr. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Die Worte stehn im nächsten Capitel im Texte zu Note 12 ff. Unrichtig erklärt *Meier* Colleg. iuridic. Argentorat. Pandectarum lib. 35 tit. 2 § 16: si quarta retenta rogatus sit restituere, totum habet iure hereditario, nihil iure quasi legati.

der Verschiedenheit, daß der Fiduciar in unserm Falle, wo er das Viertel seiner Erbportion mit Erlaubniß des Erblassers zurückbehält, sich besser steht, als beim Abzuge der (Pegasianischen) Quart, ist kein anderer als der, weil in diesem letzten Falle der Abzug gegen den Willen des Erblassers, in unserm vorliegenden Falle aber mit dem Willen der dem Prälegatar besonders günstig gestimmten Testatrix gemacht wird [83]). Ganz offenbar hat Julian diesen Ausnahmefall deshalb zur Erörterung gewählt, weil in ihm die nach dem Willen der Erblasserin zurückzubehaltende Erbportion gerade von derselben Größe war, als wie sie das Gesetz gestattet, und weil die daraus hervorgehende verschiedene Wirkung wegen dieser nominellen Gleichheit der zurückzubehaltenden Quote am anschaulichsten dem Leser sich erweisen konnte. Diese Verschiedenheit zeigt sich aber darin. Bei dem ausdrücklich erklärten Willen der Testatrix, den vierten Theil der Erbportion bei ihrer Restitution zurückbehalten zu dürfen, soll in diesen vierten Theil nicht ein Drittel, sondern nur ein Zwölftel des Prälegates eingerechnet werden [84]).

---

83) *Albericus de Rosciate* super secunda parte Infortiati ad tit. ad leg. Falcid. ad l. Titia; *Voorda* Interpr. cap. 30 sagt hier von Julian, daß er, wie es im fr. 12 De Reg. iur. 50, 17 vorgeschrieben, den Willen der Erblasserin, namentlich zu Gunsten einer derselben so nahe verwandten Person, plenius interpretire. Auch *Alciatus* Paradoxa lib. 6 cap. 4 erklärt, daß, je mehr man in diesem Falle den Fiduciar begünstige, desto mehr man den Willen der Erblasserin erfülle.

84) *Alciatus* Comm. in tit. ad leg. Falcid. ad l. 91 Declaratio 6 zieht hieraus eine falsche Schlußfolge. Er sagt, wenn Jemand ex asse heres und belastet ist, seine Erbschaft deducta quarta zu restituiren, so müsse er das ganze Legat einrechnen; denn da ihm von ihm selbst nicht legirt werden könne, so bilde das ganze Prälegat einen Theil der Erbschaft und werde ganz hereditario iure erworben. Diese Behauptung wäre richtig im Falle des Abzugs der Trebelliani-

Ein Beispiel wird den Inhalt des eben betrachteten ersten Theiles des fr. 86 verdeutlichen. Die Erbschaft betrage mit Einschluß der prälegirten Grundstücke, welche 24 werth sind, 300. Der Bruder, welchem ein Drittel der Erbschaft und die Grundstücke hinterlassen sind und der seinen Erbtheil retenta quarta restituiren soll, hat also als Erbe 100 mit Einschluß von 8, als soviel der Theil des Prälegates beträgt, welcher auf dem ererbten Drittel haftet, und noch 16 Prälegat von den Miterben. Er soll nun drei Viertel seiner Erbportion, also 75, restituiren, worin aber auch zugleich drei Zwölftel der prälegirten Grundstücke enthalten sind, die er sogleich im Werthe von 6 mit der Legatsklage zurückfordern könnte. Er wird also vorziehen, diese 6 gar nicht zu restituiren, also nicht bloß 25, sondern 31 zurückzubehalten, so daß er **hereditario iure** 25 und **legati iure** 22, d. h. eilf Zwölftel seines Prälegates[85]), im Ganzen 47 hat; das noch fehlende eine Zwölftel des Prälegates im Betrage von 2 ist in dem retinirten Zwölftel der Erbschaft enthalten[86]). Hätte die Testatrix nicht

schen Quart, aber im vorliegenden Falle ist sie unrichtig. Denn durch die ausdrückliche Erklärung retenta quarta parte will der Erblasser seinen Universalerben zu einem Viertelerben restringiren, und diesem Willen gemäß soll auch der Erbe angesehn werden, als habe er nur ein Viertel des Prälegats hereditario iure, weshalb er auch nur ein Viertel des Prälegates in sein Viertel sich einrechnen darf. Ebenso ist auch die hier von Alciat mit Unrecht bezweifelte Ansicht des Raphael Fulgosius hervorzuheben, wonach, wenn nur die Miterben belastet sind, dem Fiduciar ein zur Erbschaft gehöriges Grundstück zu geben, er gar keinen Antheil davon auf sein zurückzubehaltendes Viertel sich einzurechnen nöthig hat.

85) Wenn *Pfordten* Diss. p. 98 hier einen dreifachen Besitztitel annehmen will, so hätte er nicht einen doppelten Legatstitel unterscheiden müssen, jenachdem von den Miterben oder von dem Universalfideikommissar die Leistung erfolgt, sondern er hätte diesen letzten Erwerb als Fideikommißtitel bezeichnen sollen.

86) *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 4 § 16 und *Gipha-*

retenta quarta parte geschrieben, so würde der restituirende Erbe nicht bloß 2, sondern 8 in das Viertel (die 25) sich einrechnen müssen, und daher außer seinen 25 nur noch 16, also im Ganzen statt 47 nur 41 haben.

Wir wollen der Vollständigkeit wegen noch einige andere von der Ansicht der Glosse abweichende Versuche angeben, wie man das **fr. 86 D. ad legem Falcidiam** mit den übrigen hierher gehörigen Digestenstellen zu vereinigen sich bemüht hat [87]). Da das Zurückbehalten der **integra legata** nach der richtigen Ansicht Fabers [88]) gegen die **iuris ratio** verstößt und weil der Erbe den Theil des Prälegates, welchen er von sich selbst empfängt, nicht **legati**, sondern **hereditario iure**

---

nius Explanatio difficiliorum legum Codicis zu c. 24 C. fam. herc. p. 199 rechnen ihre dem fr. 86 zu Grunde gelegten Beispiele richtig. Dagegen eine unrichtige Berechnung hat *Iensius* Strict. ad Pand. p. 347, indem er es wagt, die Erb- und Prälegats-Quoten anders zu gestalten, als sie hier von Julian angegeben sind. Jensius fragt: wenn dem A. zwei Zwölftel der Erbschaft hinterlassen sind, die 24 beträgt, derselbe $\frac{1}{4}$ seiner $\frac{2}{12}$, also $\frac{1}{24}$ der ganzen Erbschaft für sich behalten und das Uebrige restituiren soll, wenn endlich dem A. 6 prälegirt sind: wie steht es jetzt mit der Restitution? Richtig antwortet Jensius, daß A. von den prälegirten 6 den vierundzwanzigsten Theil, also $\frac{1}{4}$ in das zurückzubehaltende Viertel seiner Erdportion einrechnen und $\frac{3}{4}$, d. h. ein Achtel des Prälegates, seinen Fideikommissarien abziehn kann. Jedoch unrichtig setzt er hinzu: der A. soll $3\frac{1}{4}$ restituiren, da doch seine zwei Zwölftel der Erbschaft 4 betragen, wovon er nicht einmal 3 Ganze, sondern nur $2\frac{1}{4}$ restituiren muß und noch 5 als Legat einfordern kann, so daß er hereditario iure Eins (worin jedoch ein Viertel das eingerechnete Prälegat beträgt) und legati iure $5\frac{3}{4}$ hat.

87) In seinen vermischten Aufsätzen S. 394 hat Pfeiffer die von ihm Diss. de praelegatis § 22 aufgestellte Ansicht, als handle fr. 86 von einem Singularfideikommisse, als gänzlich verfehlt zurückgenommen.

88) Coniecturae 6, 4. Seinen Einfall, statt **totum trientem** zu lesen: **totum pretium**, verwirft er selber als ungenügend.

percipirt, so hat Nettelbladt [89]) die Ansicht zu vertheidigen gesucht, daß legata integra nur diejenigen Theile des Prälegates bezeichnen sollen, welche wirklich als Vermächtniß bestehen und denen also integra legati iura anhängen. Nettelbladt selbst nennt diese Meinung eine gewagte; das Epitheton einer verkehrten wäre noch passender gewesen. Derselbe ist daher auch nicht abgeneigt, den von Govean vorgeschlagenen Ausweg zu versuchen, nemlich dadurch fr. 86 mit fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. in Harmonie zu bringen, daß man in dem ersten Fragment wegen des Wortes praelegavit ein Prälegat, im Fragment 18, wo es heißt si legatum sit, ein bloßes Legat für den Erben annimmt. Die Richtigkeit einer solchen Unterscheidung ist schon oben [90]) nachgewiesen. Roßhirt [91]) endlich meint zwar, die vernünftigste Ansicht sei die, wornach die Restitution der ganzen Erbschaft (d. h. des ganzen Erbtheiles, welcher dem Prälegatar hinterlassen ist) und eines Theiles derselben unterschieden werden müsse; im letzteren Falle habe man billiger gedacht. Allein er gesteht selbst, daß sich so der Widerspruch der Stellen (den er für unmöglich auf andere Art zu beseitigen erklärt) nur den Worten nach heben lasse.

Daß es dem Fiduciar frei steht, die Restitution ohne alle Zurückbehaltung der ihm prälegirten Sachen oder Summen vorzunehmen, hebt Ulpian hervor [92]) und bemerkt ausdrück-

89) Lehre von den Prälegaten S. 45 ff.

90) Vgl. das zweite Capitel zu Note 112.

91) Vermächtnisse Bd. 1 S. 284, 285. Er sagt mit Recht, Ulpian bleibe im fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebellianum dem Prinzipe treu und zwar so bestimmt und klar, daß man sich nicht wundern darf, daß die meisten Rechtsgelehrten es von jeher mit Ulpian gehalten haben.

92) fr. 5 § 15 D. de donat. int. v. et u. 24, 1: Si quis roga-

lich, daß, wenn eine solche Restitution ohne Zurückbehaltung der Prälegate erfolge, dieß nicht als Schenkung, sondern mehr als eine Befolgung der wirklichen Herzensmeinung des Testators angesehn werden müsse, gerade so, als wenn der Fiduciar früher restituirt, als er darum gebeten ist [93]).

Kein Punkt aus der Lehre von den Prälegaten hat die Praktiker so beschäftigt, als der, in welchen Fällen das Prälegat des mit der Restitution der Erbschaft belasteten Erben ganz oder theilweise zurückzubehalten oder zu restituiren sei; und wir finden in den Schriften der Praktiker des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts, mögen sie Deutschland, Frankreich oder Italien angehören, die Beantwortung dieser Frage bis in das feinste Detail durchgeführt.

Folgende Darstellung gibt die damalige communis [94])

---

tus sit praecepta certa quantitate uxori suae hereditatem restituere, et is sine deductione restituerit, Celsus libro decimo Digestorum scripsit, magis pleniore officio fidei praestandae functum maritum, quam donasse videri; et rectam rationem huic sententiae Celsus adiecit, quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum, quam donant, nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti; nec immerito saepe credimus aliquid defunctum voluisse, et tamen non rogasse. Quae sententia habet rationem magis in eo, qui non erat deducta quarta rogatus restituere, et tamen integram fidem praestitit omisso Senatusconsulti commodo; hic enim vere fidem exsolvit, voluntatem testatoria obsecutus. Hoc ita, si non per errorem calculi fecit; ceterum indebiti fideicommissi esse repetitionem, nulla dubitatio est.

93) fr. 19 De his, quae in fraud. 42, 8; *Donelli* Comm. iur. civ. 7, 25. Vgl. das folgende Capitel zu Note 96 ff.

94) Allerdings war allmählig die Zahl der Dissentienten in vielen Punkten sehr angewachsen, so daß die Klagen des *Gaspar Antonius* in seinen Thesauri quaestionum forensium libri IV. Genevae 1672 fol. bei der Frage: praelegata an et quando veniant in restitutione fideicommissi? (lib. I qu. 17) sehr entschuldbar sind.

opinio an [95]). Man unterscheidet zuerst zwei Hauptfälle, ob nemlich der mit dem Universalfideikommiß Belastete der einzige Erbe ist oder ob er Miterben hat [96]). Im ersten Hauptfalle muß auch das Prälegat ganz restituirt werden [97]). Ausnahmen von dieser Regel sind folgende vier [98]):

1) Wenn der Testator die Restitution mit Zurückbehaltung einzelner Sachen angeordnet hat; hier bleiben diese Sachen dem Fiduciar [99]); ebenso

2) wenn der Testator die Restitution salvis legatis angeordnet hat [100]);

3) wenn dem belasteten Erben mit den Worten libero, expedite, pleno iure das Prälegat hinterlassen, oder ihm ausdrücklich die willkürliche Disposition über das Prälegat eingeräumt ist [101]);

---

95) Wir haben bei der folgenden Uebersicht den *Franciscus de Barry* zum Grunde gelegt mit seinem 1615 dem Könige von England gewidmeten Opus de successionibus, welches aber bedeutend aus des verstorbenen Verfassers Papieren vermehrt *I. A. Huguetan* und *G. Barbier* zu Lyon 1671 in zwei Foliobänden herausgegeben haben.

96) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 11. Diesen Unterschied will *Gaspar Antonius* a. a. O. lib. I qu. 17 nr. 7 nicht anerkennen.

97) Die entgegengesetzte Regel stellen auf *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 16 (wiewohl er nr. 11 anderer Meinung war) und *Hondedeus* Decisivarum conclusionum Vol. II consil. 62 nr. 9. Norimbergae 1681 fol. aus dem Grunde, weil sonst die Anordnung dieser Prälegate eine unnütze gewesen.

98) *de Barry* Vol. I lib. 8 tit. 12 nr. 1.

99) *Peregrinus* a. a. O. nr. 12.

100) *Peregrinus* a. a. O. nr. 13.

101) *Menochius* de praesumt. lib. IV praes. 194 § 19 ff. vertheidigt diese Ausnahmen gegen einige Einwendungen.

Digitized by Google

4) wenn der belastete Erbe der Sohn des Testators ist [102].

Viel verwickelter ist der zweite Hauptfall, wenn nämlich der mit dem Universalfideikommiß belastete Prälegatar Miterben hat. Hierbei unterscheidet man zuerst, ob der Erblasser bei der Anordnung des Universalfideikommisses verba universalia seu generalia [103]) gebraucht, oder ob er mit verbis indefinitis [104]) gesprochen hat [105]). Im ersten Falle [106]) sind die Prälegate zu restituiren, mögen sie vor dem Universalfideikommisse oder nach ihm auch in einem späteren Codicille angeordnet sein [107]). Zu diesem ersten Falle gehören etwa fol-

102) *Mantica* de coniecturia ult. volunt. lib. 7 tit. 7 nr. 11; lib. 8 tit. 12 nr. 2.

103) Der Ausdruck generalia verba ist schwankend, indem er bald gleichbedeutend mit universalia gebraucht wird, z. B. von *Gaspar Antonius*, bald mit indefinita verba identificirt wird, z. B. von *Petrus Philippus Corneus* Consilia Vol. I consil. 91 nr. 6.

104) Indefinita verba sunt, quae simpliciter et absolute nullo vel universali vel singulari adiuncto signo enunciantur, ut hereditas, portio, familia; universalia sunt, quae cum signo aliquo universali proferuntur, ut omnia bona, universa res, tota hereditas, quidquid ex hereditate, quantacunque pecunia. So drückt sich aus *Corasius* Commentarii in l. cum virum C. de fideicomm. § 14 Opera Tom. II p. 333. Dagegen sagt *Petrus Paulus Parisius* Consiliorum ac Responsorum Vol. IV consil. 18 nr. 19: indefinitum aequipollet universali; ebenso *Ferrettus* ad l. Titia nr. 27 Opera p. 510.

105) *Peregrinus* a. a. O. nr. 23, obwohl er in zweifelhaftem Falle sich immer zu Gunsten des Fiduciars erklärt nr. 22; *Gaspar Antonius* a. a. O. qu. 17 nr. 17.

106) *Tiberius Decianus* Responsa Vol. I resp. 51 nr. 11 und Vol. III resp. 122 nr. 10 verlangt gar: verba multum universalia et geminata e. g. omnia et quaecunque.

107) *Menochius* lib. 4 praes. 194; consilium 482; *Corasius* a. a. O. § 1 Opera Tom. II p. 331; *Gaspar Antonius*

gende Formeln: quidquid ad te ex bonis meis [108]), ex patrimonio meo [109]), ex rebus meis, ex hereditate mea [110]), ex substantia mea, ex paupertate mea [111]) pervenerit, restituas [112]); omnia bona restituas [113]); omnem hereditatem restituas [114]); omnia et singula bona restituas [115]); quidquid ex testamento habueris restituas [116]); oder wenn der Testator dem Fiduciar jeden Abzug verboten hat [117]); oder wenn der Testator zwei Güter prälegirt hat und er eins ausdrücklich unter den zu restituirenden Gütern aufführt, wo das andere Gut dem Fiduciar bleibt [118]); end-

a. a. D. quaestio 17 nr. 24; *Ioannis Petri Surdi* Decisiones. Francof. 1598. Decisio 269 nr. 8.

108) *Corasius* a. a. D. § 4 will, wegen des Wortes mea, die Nothwendigkeit der Restitution nur dann eintreten lassen, wenn zur Erbschaft gehörige, nicht wenn fremde Sachen prälegirt sind.

109) *Peregrinus* a. a. D. nr. 28.

110) *Paulus de Castro* secunda super Codice ad l. cum virum C. de fideicomm. nr. 1.

111) arg. fr. 78 § 12 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

112) *Barth. Socinus* Quarta pars consiliorum consil. 31 nr. 8.

113) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 4 consil. 516 nr. 3.

114) *Peregrinus* a. a. D. nr. 26; s. unten Note 119.

115) *Dominicus Tuschus* Practicarum Conclusionum Tom. VI conclusio 513 nr. 6; *Cephali* Consilia lib. III consil. 379 nr. 61.

116) Consilia *Philippi Decii*, consilium 254 nr. 1. Pars II p. 36, 37. Lugduni 1533 fol.

117) *Fulgosius* Consilia 70 art. 2; *Peregrinus* a. a. D. nr. 27.

118) *Menochius* Consilia lib. I consil. 86 nr. 25, 26. *Merenda* Controversiae iuris lib. 4 cap. 45 § 24, 25, 26; *Peregrinus* a. a. D. nr. 32. Aehnlich ist der Fall, welchen *Gaspar Antonius* Thesauri quaestionum forensium lib. I qu. 17 nr. 20 anführt, wenn ein Theil des Prälegates ausdrücklich vom Testator

lich wenn das Prälegat eine dem Fiduciar gebührende Schuld war [119]).

Im zweiten Falle, wenn der Testator verba indefinita gebraucht hat, wird unterschieden, ob das Prälegat oder das Universalfideikommiß zuerst angeordnet ist [120]).

A. Das Prälegat ist zuerst und später das Universalfideikommiß angeordnet.

I. Der Erblasser hat das Fideikommiß errichtet, ohne sich des Ausdrucks hereditas zu bedienen [121]), er hat dafür den Ausdruck portio [122]) oder pars sua [123]) oder pars bonorum

---

unter das Universalfideikommiß gestellt ist; dann bleibt der andere zurück.

119) Als zweifelhaft werden die gewählten Ausdrücke omnem hereditatem, universam hereditatem und omne patrimonium restituas bezeichnet. Für die Restitution sind *Bartholomaeus Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 12; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 34; dagegen *Mantica* de coniecturis ult. vol. 7, 7 nr. 3 und *Ioannis Cephali* Consilia lib. 2 consil. 259 nr. 24, lib. 3 consil. 379 nr. 63.

120) *de Barry* a. a. O. nr. 3 u. 4; Sylloge quaestionum iuridicarum collectore *I. I. Speidelio*. Tubingae 1629 v. praelegata p. 571. Bei einem Zweifel, ob das Prälegat oder die Institution der Erbschaft zuerst angeordnet ist, gilt das Prälegat als zuerst angeordnet. *Paulus de Castro* super Infortiato ad SCtum Treb. ad l Marcellus (3) § quidam.

121) *Petri Philippi Cornei* Consilia Vol. I cons. 91 nr. 6, cons. 262 nr. 20, Vol. II cons. 183 nr. 7, Vol. III cons. 114 nr. 1. Wenn die Verbindung in hereditate est in bonis sich findet, ist die Sache streitig. *Peregrinus* a. a. O. nr. 35.

122) Consilia *Alexandri Imolensis* lib. 4 cons. 33. Lugduni 1563 fol.; *Ioannis Cephali* Consilia lib. 4 cons. 471 nr. 11...25, cons. 513 nr. 12; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 3.

123) *Merenda* Controversiae iuris lib. IV cap. 45 § 1—3.

oder Worte, wie **substituatur** oder **succedat** gebraucht [124]). In diesem Falle, gleichviel ob die Erben **sui** oder **extranei** sind [125]), mag auch eine noch so große Zahl anderer Dispositionen zwischen der Anordnung des Prälegates und des Universalfideikommisses stehn [125 a]), selbst wenn nach dem Prälegate erst die Erbeseinsetzung mit den Worten **in aliis bonis instituo** folgt [126]), muß das Prälegat ganz, also auch der von den Miterben zu leistende Theil desselben restituirt werden [127]).

Von dieser Regel gibt es folgende Ausnahmen [128]):

1) Wenn der Testator die Restitution mit Zurückbehaltung einzelner Sachen anordnet [129]);

2) wenn der Testator die Restitution **salvis** [130]) oder **exceptis** [131]) **legatis** verfügt;

---

124) ***Peregrinus*** a. a. O. nr. 34.

125) ***Menochius*** de praesumtionib. lib. 4 praes. 194 nr. 2.

125 a) ***Menochius*** a. a. O. nr. 5.

126) Gegen diese, wie ***Menochius*** a. a. O. nr. 6 sie nennt, recepta sententia, führt er selber nr. 7 bedeutende Gegner an, wie ***Fulgosius, Iason, Socinus*** den Jüngern.

127) ***Menochius*** de praesumt. lib. 4 praes. 166. ***Paulus Parisius*** Consiliorum ac Responsorum Vol. III cons. 18 nr. 17. Venetiis 1543. ***Dom. Tuschus*** Practicarum Conclusionum Tom. VI conclusio 513 nr. 1.

128) Die ersten vier fallen mit den oben bei dem ex asse heres erwähnten zusammen.

129) retentis tibi hortis meis fr. 40 § 1 De legatis III, 32; wohl aber gehn alle Prälegate auf den Fideikommissar über, wenn der Testator dieß auch nur von einzelnen ausdrücklich verfügt hat. ***Menochius*** de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 8.

130) ***Marianus Socinus*** Iunior Consilia Vol. III cons. 107 nr. 45; Vol. IV cons. 89 nr. 9; ***Ioannis Petri Surdi*** Decisiones Dec. 269 nr. 1. Francofurti 1598; ***Menochius*** a. a. O. nr. 23.

131) ***Tuschus*** a. a. O. Conclusio 513 nr. 38.

3) wenn dem Fiduciar mit den Worten **libere** [132]), **expedite** [133]), **sine diminutione** [134]), **pleno iure** [135]) oder mit der Clausel: er könne frei, vollständig und ohne allen Widerspruch über die prälegirte Sache verfügen [136]), prälegirt ist [137]), oder wenn ihm ausdrücklich die willkürliche Disposition über das Prälegat eingeräumt ist [138]);

4) wenn der belastete Erbe der Sohn [139]) des Testators oder eine andere sehr vom Testator geliebte Person, z. B. dessen Frau [140]), ist;

5) wenn der Erblasser nur das **residuum a iudiciis et legatis** dem Fideikommisse unterwirft [141]);

---

132) *Tuschus* a. a. O. nr. 13.

133) *Io. Vinc. Hondedei* Decisivarum conclusionum Vol. II concl. 62 nr. 1, nr. 22. Norimbergae 1681 fol. *Merenda* Controversiae iuris lib. IV cap. 45 § 20, 21 behauptet und gewiß mit größerem Rechte, daß die beiden Worte (libere et expedite) wohl nur den Erwerbmodus, nicht aber das Recht nach dem Erwerbe bezeichnen, wenn nicht das Wort manere oder pertinere noch hinzugefügt sei. Aehnlich *Philippus Decius* Consilia Pars II consil. 254 nr. 2. Lugduni 1533.

134) *Menochius* de praesumtion. lib. 4 praes. 194 nr. 21.

135) *Gaspar Antonius* Thesaurus quaestionum forensium lib. I quaestio 17 nr. 18; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 20.

136) *Gaspar Antonius* a. a. O. nr. 19 „das Capital mit aller Nutzung eigenthümlich und unwiderruflich haben." Consilia Tubingensia Vol. I Cons. 81 nr. 47, 48.

137) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 14.

138) *Menochius* a. a. O. nr. 19.

139) *Gaspar Antonius* a. a. O. nr. 8. Selbst wenn die Restitution an eine pia causa geschehn soll *Dominicus Tuschus* Practicarum conclusionum Tom. VI conclusio 511 nr. 8.

140) *Menochii* Consilia consilium 780 nr. 2, de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 24.

141) *Peregrinus* a. a. O. nr. 36.

6) wenn aus dem Grunde der Anordnung des Prälegates geschlossen werden kann, daß es von der Restitution ausgenommen ist, z. B. eine Tochter erhält ein Prälegat, um sie mit einer bereits dotirten Tochter gleichzustellen [142]);

7) wenn aus dem Zwecke des Prälegates geschlossen werden kann, daß durch die Restitution desselben der bei seiner Anordnung vom Erblasser beabsichtigte Zweck gar nicht [143]), oder doch nach der Meinung des Erblassers nicht erreicht werden kann [144]), z. B. wenn es zur Brautgabe bestimmt ist [145]) oder zur Ausgleichung einer Schuld des Testators gegen diesen Erben [146]), gesetzt die Schuld könnte auch nur aus dieser Aeußerung des Erblassers bewiesen werden [147]);

8) wenn die Belastung mit dem Fideicommiß ausdrücklich der Erbeseinsetzung hinzugefügt ist, also wenn der Testator nach Anordnung der Prälegate die Erbeseinsetzung unter der Bedingung feststellt, daß dieser Vermögenstheil an einen Dritten fallen soll [148]);

---

142) *Menochius* a. a. O. nr. 12; *Peregrinus* a. a. O. nr. 37; *Merenda* Controversiae 4, 43 nr. 24.

143) z. B. bei einem Prälegate der Allmente *Menochius* a. a. O. praes. 194 nr. 14.

144) *Mantica* de coniecturis ult. vol. lib. 3 tit. 10 § 2; *Merenda* a. a. O. nr. 33.

145) *Peregrinus* a. a. O. nr. 38.

146) *Paulus de Castro* secunda super Infortiato ad SCtum Trebellianum ad l. Marcellus § quidam; *Gasparis Antonii* Thesaurus lib. I qu. 17 nr. 13; *Nicolaus Boerius* Decisio 280 § 10; *Gaill* Obss. practicae lib. II obs. 135; *Mantica* a. a. O. lib. 7 tit. 7 § 13. *Tuschus* a. a. O. conclusio 513 nr. 29 wendet dieß auf den Fall an, wenn dem Fiduciar und Prälegatar der Pflichttheil gebührt.

147) arg. fr. 78 § 14 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; *Peregrinus* a. a. O. nr. 41, 42.

148) *Paulus de Castro* secunda super Infortiato ad

9) wenn nach errichtetem Prälegate der Erblasser sagt: **in aliis**[149]), **in aliis omnibus**[150]), **in ceteris meis bonis heredes instituo**[151]), oder **residuum meorum bonorum a dictis praelegatis relinquo**[152]);

10) wenn das Prälegat bedingt oder betagt hinterlassen ist und die Bedingung oder der Termin erst nach der Restitution des Universalfideikommisses eintritt[153]);

11) wenn das Prälegat als Remuneration für geleistete Dienste hinterlassen ist, mag dieser Grund im letzten Willen ausgedrückt[154]) oder anderswoher bekannt sein[155]);

12) wenn der Testator dem Vulgarsubstituten prälegirt[156]);

SCtum Trebellianum ad l. Marcellus § quidam; *Peregrinus* a. a. O. nr. 43.

149) *Ioannis Petri Surdi* Decisiones. Francof. 1598. Decisio 269 nr. 1; *Peregrinus* a. a. O. nr. 44, der diese Ansicht gegen erhebliche Einwürfe vertheidigt.

150) *Petrus Paulus Parisius* Consilior. ac Responsor. Vol. III consil. 63 nr. 22; *Petri Philippi Cornei* Consilia Vol. I cons. 91 nr. 8.

151) *Dom. Tuschus* a. a. O. Conclusio 511 nr. 13; *Gasparis Antonii* Thesaurus lib. I qu. 17 nr. 5 u. 14; Tractatus de clausulis, de quibus in omnibus tribunalibus hucusque disputatum est, a Doctore *Marta*. Venetiis 1615 fol. Para III Clausula 40 nr. 5; *Fachineus* Controversiae iuris lib. 5 cap. 16, lib. 13 cap. 65 macht ganz richtig darauf aufmerksam, daß der Testator durch seine Anordnung nicht die Prälegate von der testamentarischen Erbfolge ausschließen kann; aber anders ist es bei dem Fideikommiß der Erbschaft, wo der Wille des Testators entscheidet, der hier ganz deutlich auf das Zurückbehalten des Prälegates gerichtet ist.

152) *Mantica* de coniecturis 7, 7, 8.

153) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 49.

154) *Peregrinus* a. a. O. nr. 50.

155) *Menochius* de praesumtion. lib. 4 praes. 194 nr. 25.

156) *Hondedeus* Decisivarum Conclusionum Vol. II consil. 62 nr. 22.

13) wenn der Testator die Veräußerung des Prälegates zu Gunsten eines Andern als des Universalfideikommissars [157]) verboten hat [158]).

Hinsichtlich dieser Ausnahmen war es bestritten, ob nicht etwa, wenn sie eintraten, doch wenigstens derjenige Theil des Prälegates, welcher hereditario iure erworben wird, restituirt werden mußte [159]).

II. Hat dagegen der Erblasser bei der Anordnung des Universalfideikommisses den Ausdruck hereditas oder pars hereditatis [160]) oder hereditaria portio gebraucht [161]), oder hat er, seine Rede an den Fideikommissar richtend, gesagt: sit heres [162]) oder: et heredem substituo [163]), so werden

157) Dieser Zusatz beim Veräußerungsverbote wird für unbedeutend erklärt im Repertorium *Bertachini Firmani.* Lugduni 1562 v. praelegatum. *Merenda* Controversiae lib. 4 tit. 44 § 30, 31 läßt das Prälegat ganz restituirt werden, wenn der Testator seine Veräußerung gerade zu Gunsten des Fideikommißerben verboten hat. Ebenso *Gasparis Antonii* Thesauri quaestionum forensium lib. I qu. 17 nr. 20.

158) *Paulus de Castro* secunda super Infortiato ad SCtum Trebell. ad l. Marcellus § quidam; *Marianus Socinus* Iunior Vol. III Consilium 107 nr. 53; *Mantica* de coniecturis ult. vol. lib. 7 tit. 7 § 12; *Menochius* a. a. O. praes. 194 nr. 15; *Merenda* Controversiae lib. 4 cap. 45 § 22; *Corasius* a. a. O. § 6 Opera Tom. II p. 337. Vgl. *Peregrinus* a. a. O. nr. 30.

159) Für die Restitution dieses Theiles *Mantica* a. a. O. § 10; für Zurückbehaltung des Ganzen *Peregrinus* a. a. O. nr. 52.

160) *Menochius* a. a. O. nr. 37 ff. nr. 41.

161) *Paulus de Castro* a. a. O.; *Sichard* super sexto Codicis 6, 42 ad c. 16; *Pacius* Ἐναντιοφανῶν Centuria VI qu. 50.

162) *Hondedeus* a. a. O. nr. 21; *Peregrinus* a. a. O. nr. 54.

163) *Gaspar Antonius* Thesaurus lib. I qu. 17 nr. 6; *Menochius* a. a. O. nr. 42.

in diesem Falle zwar nicht die von den Miterben erhaltenen Theile des Prälegates restituirt, wohl aber der auf der eigenen Erbportion des gravirten Fiduciars lastende Theil des Prälegates [164]). Jedoch findet eine Reihe Ausnahmen von dieser Regel in doppelter Weise Statt.

Es wird nemlich gar nichts restituirt in folgenden Fällen [165]): wenn der Fiduciar einem Unfähigen zu restituiren versprochen hat; wenn es ein uneigentliches Prälegat war, also keine **hereditaria portio** desselben existirte; und wenn die prälegirte Sache einem Miterben gehörte.

Dagegen wird Alles restituirt in folgenden Fällen [166]): wenn das Prälegat unter dem Titel der Erbeseinsetzung angeordnet war [167]); wenn der Erblasser durch Prälegate das ganze Vermögen [168]) oder doch den größten Theil seines Vermögens vertheilt hat [169]); und wenn ein fremder Miterbe gebeten ist, den Kindern des Erblassers zu restituiren [170]), in

164) *Petri Philippi Cornei* Consilia Vol. IV. Lugduni 1544 consil. 115 nr. 1...4.

165) *Peregrinus* a. a. O. nr. 58, 59.

166) *Peregrinus* a. a. O. nr. 60, 61, 62.

167) *Menochii* Consilia consilium 86 nr. 4; wenn nicht der ausdrückliche Wille des Testators eine andere Entscheidung besiehlt *Nicolaus Boerius* Decisio 280 nr. 7.

168) *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 20 Opera T. II p. 339; *Hondedeus* Decisivarum conclusionum Vol. II consil. 62 nr. 31.

169) *Hondedeus* a. a. O. nr. 7; *Aymonis Cravettae* Repetitio Rubricae de legatis I nr. 29. Venetiis 1565 p. 605; *Petrus Paulus Parisius* Consilior. ac Responsor. Vol. II consil. 194 nr. 50, 51; Gemma legalis in opera Bartoli a *Luciano Bassiano*. Venetiis 1615 v. praelegatum; *Philippi Decii* Consilia consilium 254 nr. 2 Pars II p. 36, 37. Lugduni 1533 fol. Dagegen erklärt sich *Corasius* a. a. O. § 24 p. 340.

170) *Bartholomaeus Socinus* super secunda Infortiati

welchem Falle einige Juristen [171]) sogar annehmen, daß es gar nicht darauf ankomme, mit was für Worten diese Anordnung der Restitution geschehn sei.

B. Zuerst ist die Restitution der Erbschaft und darnach das Prälegat angeordnet. In diesem Falle sollen die Prälegate bei dem Fiduciar zurückbleiben [172]), und gleichgiltig ist es, ob hier der Ausdruck **hereditas** und **hereditaria portio** oder **portio, bona** oder sonst ein anderer bei der Anordnung des Universalfideikommisses üblicher Ausdruck sich findet [173]). Auch unterscheiden Einige bei der Errichtung des Universalfideikommisses und der Prälegate den **ordo scripturae** von dem **ordo intellectus** und halten den letztern in dieser Beziehung für entscheidend [174]).

---

parte ad SCtum Trebellianum ad § quidam nr. 2; *Mantica* de coniecturis ult. volunt. lib. 7 tit. 7 § 4 ff. Man soll hier wegen der natürlichen Pietät des Vaters gegen seine Kinder annehmen, daß er hier weniger geschrieben habe, als es seine Absicht gewesen arg. fr. 102 De cond. et dem. 35, 1. *Gaill* Obss. practicae lib. II obs. 135; *Voetius* Comm. ad Pand. 36, 1 § 37; es müßte denn eine später eingetretene Abneigung des Vaters gegen seine Kinder erwiesen werden. *Merenda* Controversiae lib. 4 tit. 44 § 28.

171) *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 36, nr. 47. Dagegen *Corasius* a. a. O. § 16 Opera Tom. II p. 339. S. noch Note 181.

172) *Bartholomaeus Socinus* Quarta pars Consiliorum consilium 31 nr. 8; *Caspar Klock* Consilium 102 nr. 186; *Tuschus* a. a. O. conclusio 513 nr. 30; Responsa *Tiberii Deciani Utinensis* Vol. I resp. 41 nr. 125, nr. 137; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 28. *Peregrinus* a. a. O. nr. 63 gibt hier eine reiche Literatur.

173) *Sichard* super sexto Codicis 6, 42 ad c. 16; *Donelli* Comm. iur. civ. 7, 25; *Pacius* Ἐναντιοφανων Centuria VI qu. 50; *Peregrinus* a. a. O. nr. 64.

174) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 69, 70. Wo nämlich aus den Worten nicht hervorgeht, was früher oder später vom Erblasser bestimmt ist, da gilt der ordo intellectus.

Digitized by Google

Dieß ist der Fall, wenn die Anordnung der Prälegate später als die Restitution der Erbschaft niedergeschrieben ist, aber jene unbedingt, diese bedingt angeordnet sich findet [175]).

Nun soll es endlich Fälle geben, in welchen die Prälegate restituirt werden müssen, gleichviel ob sie früher oder später als das Universalfideikommiß errichtet sind. Diese Fälle sind folgende [176]):

1) wenn der Erbe quidquid ex hereditate ad eum pervenerit [177]), oder ea quae in hereditate remanerent [178]), oder omnia bona [179]) oder portio sua et fideicommissum [180]) restituiren soll;

2) wenn ein Fremder dem Sohne des Erblassers restituiren soll [181]);

3) wenn der Erblasser unter die mit dem Universalfideikommisse beschwerten Erben sein ganzes Vermögen [182]) oder

---

175) *Ricinus* Concilia lib. 3 consil. 120; *Gaspar Antonius* a. a. O. quaestio 17 nr. 26.

176) *Franciscus de Barry* Opus de successionibus Vol. I lib. 8 tit. 12 nr. 6.

177) *Paulus de Castro* secunda super Codice ad l. cum virum C. de fideicomm. nr. 6; *Rolandi a Valle* Consilia Tom. IV. Venetiis 1576. Consil. 34 nr. 90; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 31, nr. 45; *Peregrinus* a. a. O. Art. VIII nr. 9; s. oben Note 108 ff.

178) *Menochius* a. a. O. nr. 48.

179) *Barth. Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 1; *Philippi Decii* Consilia Pars II p. 37. Lugduni 1533. Consil. 254 nr. 2.

180) *Menochius* a. a. O. nr. 35; auch wenn es hieß patrimonium oder substantia sua, galt dasselbe nr. 34.

181) *Peregrinus* a. a. O. nr. 67 am Ende; *Gasparis Antonii* Thesaurus lib. I qu. 17 nr. 10.

182) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 2 consil. 183 nr. 57, consil. 259 nr. 60; lib. 3 consil. 379 nr. 20, 21, 71, 72;

doch dessen größten Theil [183] in der Form von Prälegaten vertheilt hat [184]);

4) wenn das Fideikommiß nicht augenblicklich, sondern erst künftig Gegenstand der Restitution sein soll [185]);

5) wenn das Prälegat in einer portio hereditatis besteht [186]);

6) wenn das Fideikommiß zum Besten der Familie errichtet ist [187]);

7) wenn ausdrücklich die Restitution der Prälegate anbefohlen ist [188]);

Petri Philippi Cornei Consilia Vol. IV. Lugduni 1544 fol. Consil. 228 nr. 5; Consil. 273 nr. 9; Repertorium *Bertachini Firmani*. Lugduni 1562 v. praelegatum; *Ferretti* Praelect. in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 13 Opera p. 505.

183) Si succedunt loco portionis praelegata sagt *Paulus de Castro* super Infortiato ad tit. de legatis 3 ad l. testator (89) § quatuor; Loci communes in Bartolum a *Brederodio* collecti. Basileae 1589 v. praelegatum; Regularum iuris civilis et pontificii libri II opera *Baptistae Nicolai*. Francof. 1586 v. praelegatum; *Petrus Paulus Parisius* Consiliorum ac Responsorum Vol. IV cons. 18 nr. 16. *Rolandi a Valle* Consilia Tom. IV. Venetiis 1576. Consil. 34 nr. 22; *Menochius* a. a. O. nr. 32, nr. 46, nr. 50; *Peregrinus* a. a. O. nr. 68.

184) *Iason* secunda super Infortiato ad l. filio pater (87) De legatis I nr. 27, der aber unrichtig daraus nr. 28 schließt, daß in einem solchen Falle das ganze Vermögen oder dessen größter Theil in die Trebellianische Quart eingerechnet werden müsse; *Tuschus* a. a. O. conclusio 513 nr. 2, nr. 3, nr. 33; *Gasparis Antonii* Thesaurus quaestionum forensium lib. I qu. 17 nr. 21; *Caspar Klock* Consilium 102 nr. 161; Responsa *Tiberii Deciani* Vol. I resp. 3 nr. 31, 32.

185) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 68.

186) *Menochius* a. a. O. nr. 52.

187) *Peregrinus* a. a. O. nr. 68.

188) *Vigelius* de causis iuris lucrativis p. 1202.

Digitized by Google

8) wenn der Prälegatar gezwungen die Erbschaft angetreten hat [189];

9) wenn das dem Erben hinterlassene Legat keinen Bestand hat [190].

---

189) *Vigelius* a. a. O.
190) *Vigelius* a. a. O.

Digitized by Google

Neunzehntes Capitel.

Der Abzug des Trebellianischen Viertels.

Im vorigen Capitel ist von der Institution des Prälegates gesprochen, ohne dabei auf den Fall Rücksicht zu nehmen, daß der Restituent der Erbschaft sich auf die Wohlthat des Pegasianischen oder, nach Justinians Bestimmung, des Trebellianischen Senatsschlusses beruft, weil in diesem Falle einige hier näher zu betrachtende Schwierigkeiten eintreten.

In dem bekannten Streite über Verschiedenheit oder Gleichheit der Falcidischen und der Trebellianischen Quart entscheiden wir uns für ihre Gleichheit [1]). Sehn wir nemlich auf die

1) Für die Gleichheit, wofür seit Cujacius (Obss. 8, 4) die tüchtigsten Juristen sich erklären (z. B. Pfeiffer Vermischte Aufsätze S. 405, wo er seine entgegengesetzte in der Diss. de praelegatis ausgesprochene Ansicht zurücknimmt), hat sich zuletzt ausführlich v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. II S. 488 ... S. 501 entschieden, der nur mit Lindelof (Archiv für civil. Praxis Bd. 4 S. 441) einen faktischen Unterschied zwischen beiden Quoten dadurch für begründet hält, daß bei den Universalfideikommissen ein Fall vorkommen kann, welcher bei Singularfideikommissen nicht möglich ist, wenn nemlich der Testator dem Fiduciar die Restitution der Erbschaft mit Vorbehalt einzelner Sachen anbefiehlt; ein Fall, den Valett (Pandekten § 1179 Note 68) gerade bei der Falcidischen Quart hervorhebt, obschon seine Beweisstellen, fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. (man vgl. das zehnte Capitel Note 70 ff.), sowie fr. 30 § 7 und fr. 91 D. ad legem Falcid. (s. unten Note 4 und 12 ff.),

Entstehung der letztern, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß das Senatusconsultum Pegasianum, welches sie schuf, Nichts als eine Anwendung der lex Falcidia auf Fideikommisse enthielt. Gaius sagt ja[2]): Pegaso et Pusione Consulibus Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendis conceditur; und Justinian hat nicht bloß diese Worte unverändert in seine Insti-

richtig interpretirt, nur von der Trebellianischen Quart handeln. Ebenso ist es etwas der Trebellianischen Quart Eigenthümliches, daß ihr Abzug wegfällt, wenn der Erbe gezwungen angetreten hat fr. 4 D. ad SCtum Trebell. Auch können wir folgende Verschiedenheit beider Quarten, durch Juristenrecht hervorgebracht, aus den Quellen nachweisen, welche sich wahrscheinlich daraus erklärt, daß nur von der Trebellianischen Quart gesagt wird, sie gelte als gegen den Willen des Testators abgezogen fr. 5 § 15 De donat. inter virum 24, 1; fr. 86, fr. 90 D. ad legem Falcid. *Nieto* de praelegalis cap. 4 § 13. Wenn nemlich dem Erben, welcher die Erbschaft zu einem so großen Theile restituiren soll, daß ihm nicht ein Viertel seiner Erbschaft übrig bleibt, ein Prälegat hinterlassen ist, so wird darin stets der Wunsch des Testators gefunden, der Erbe möge die Trebellianische Quart nicht abziehn und diesem präsumirten Wunsche muß der bedachte Regent stets nachkommen fr. 30 § 4 D. ad SCtum Trebell. (s. unten Note 89). Dagegen wenn dem Erben nicht die Restitution der Erbschaft, sondern die Auszahlung so großer Vermächtnisse auferlegt ist, daß ihm nicht ein Viertel seiner Erbportion übrig bleibt, so wird in dem hinterlassenen Prälegate nur dann der Wunsch des Erblassers gefunden, die Falcidische Quart nicht abzuziehn, wenn der Testator bei der Anordnung des Prälegates ausdrücklich seine Absicht, ut integra legata solvat heres, ausgesprochen hat fr. 75 D. ad legem Falcid. Keineswegs unterschreiben wir *Mühlenbruch*'s Behauptung (Pandekten § 767), daß der Erblasser habe bestimmen können, der Erbe müsse sich etwas in die Trebellianische Quart einrechnen, was ihm sonst gesetzlich noch außer der Quart gebührt haben würde. Eine gleiche Behauptung finden wir schon bei *Salicetus*; s. unten den Text zu Note 35 ff.

2) Comm. II, 254. Vgl. Hugo Erste Rechtsgeschichte S. 780.

tutionen als § 5 I. de fideic. hered. 2, 23 aufgenommen, nur mit dem Zusatze im § 7 desselben Titels, daß quando vel nihil vel minus quarta apud eum (heredem) remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate [3]) retinere, vel repetere solutum quasi ex Trebelliano Senatusconsulto, sondern er hat auch eine große Zahl von Stellen aus klassischen Juristen in seine Digesten unverändert recipirt, in welchen diese dem Universalfideikommissar abzuziehende Quart Falcidia genannt wird [4]). Endlich aber scheint im fr. 3 § 2 D. ad SCtum Trebell. [5]) auf das Deutlichste die vollkommene Gleichheit beider Quarten ausgesprochen zu sein. Hier heißt es: wenn ein Erbe gebeten ist, nach Abzug eines Vermächtnisses [6]), die Erbschaft dem

3) Const. Dedit § 6. Wenn nicht Theophilus zum oben angeführten Paragraphen von einer eigenen (wie Reitz meint, verloren gegangenen) Verordnung hierüber redete, so könnte man annehmen, daß mit den Worten des § 7: et hoc transponimus ad SCtum Trebellianum Tribonian einer mündlich gegebenen Verordnung Justinians nachgekommen sei und es außerdem keine besondere Constitution dieses Inhalts gegeben habe.

4) *Dirksen* Manuale v. Falcidia § 3. Daraus, daß diese Quart in den Quellen Falcidia heißt, erklärt sich die Aufnahme einiger zum Titel ad SCtum Trebellianum gehöriger Stellen in den Digesten- und Codex-Titel ad legem Falcidiam, z. B. fr. 14 pr., fr. 30 § 7, fr. 86, fr. 90 D. 35, 2, c. 11 C. 6, 50. Vgl. *Duarenus* Praelect. in tit. ad leg. Falcid. cap. 7.

5) Item Pomponius scribit: si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatur, quaesitum est, utrum solida legata praestanda sint, et quartam ex solo fideicommisso detrahere possit, an vero et ex legatis et ex fideicommisso quartam detrahere possit. Et refert, Aristonem respondisse, ex omnibus detrahendam, hoc est ex legatis et ex fideicommisso.

6) Abgesehn von dem Worte deductis, wobei so häufig sibi zu ergänzen ist, spricht die grammatische Seite dieses Antwortschreibens weniger dafür, Prälegate anzunehmen, als daß der Fidu-

Gaius zu restituiren, so sei die Frage entstanden, ob der Erbe das Vermächtniß ganz zahlen müsse, und nur von dem Ueberreste der Erbschaft ein Viertel abziehn könne, oder ob er ein Viertel sowohl von dem Vermächtnisse als von dem Universalfideikommisse abziehn dürfe. Hier hat bereits Aristo, dem Pomponius und Ulpian beipflichtend, entschieden: ein Viertel sei von beiden abzuziehn.

Hieraus kann man schon mit der größten Wahrscheinlichkeit den Schluß ziehn, daß in die Trebellianische Quart eben so viel von den Prälegaten als in die Falcidische Quart eingerechnet werden muß, und daß sowohl die Ansicht zu verwerfen ist, nach welcher die Vermächtnisse einzelner Sachen, welche der Erbe für sich zurückbehalten oder dem Fideikommissar abziehn soll, ganz in die Trebellianische Quart eingerechnet werden müssen [7]), als die Ansicht, wornach Prälegate gar nicht in die Trebellianische Quart eingerechnet werden sollen [8]).

Im vorigen Capitel mußten wir die beiden Fälle unterscheiden, ob der Fiduciar gebeten ist, nur seinen Erbtheil zu

---

ciar die Legate habe an Fremde leisten sollen. Nehmen wir an, die Erbschaft betrage 400, wovon 80 legirt sind, so kann der Fiduciar dem Fideikommissar 80, dem Legatar 20 abziehn; bei entgegengesetzter Entscheidung Aristo's wäre dieser letzte Abzug ganz fortgefallen, was bei einem Prälegate gleichgiltig ist.

7) Diese Ansicht haben *Corasius* Comm. in l. filium quem § 4, in seinen Opera Tom. II p. 203; *Pancirolus* Thesaurus variarum lectionum lib. II cap. 105 in der Iurisprudentia Rom. et Attica Tom. II p. 1212; *Francke* Diss. de praelegatis § 7. Der von diesem letzten Juristen citirte *Goveanus* hat diese unrichtige Meinung später (Animadversionum liber I ad l. in quartam D. ad leg. Falcid.) mit der richtigen vertauscht.

8) Diese Ansicht vertheidigen *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B et C. p. 867; *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 70; Schweppe das Römische Privatrecht § 936; welcher letztere die eigentlichen Prälegate, von denen er die retinen-

restituiren, oder Alles, was nach dem letzten Willen des Testators ihm zugefallen ist. Hier kommt es auf diese Unterscheidung nicht an, sondern bei der Frage, was von den Prälegaten in die Trebellianische Quart einzurechnen ist, müssen folgende zwei Hauptfälle unterschieden werden. Das Prälegat kann entweder in Gelde bestehn oder in einem andern Gegenstande. Ist das Letztere der Fall, so wird nur eine so große Quote des prälegirten Gegenstandes in die Quart eingerechnet, als die Erbschaftsquote des Fiduciars und Prälegatars beträgt; das Uebrige vom Prälegat behält der Fiduciar noch außerdem. Ist aber Jenes der Fall, so muß das Geld ganz in die Quart eingerechnet werden, wobei es gleichgiltig erscheint, zu einem wie großen Erbtheile der Fiduciar berufen ist, indem stets das gesammte Geld als von dem zu restituirenden Erbtheile retinirt, also für ganz hereditario iure erworben gilt [9]).

Den Beweis haben wir zu führen. — Wir heben zuerst diejenige Stelle hervor, welche Anlaß zu einer entgegenstehenden Meinung — nemlich Alles vom Prälegate einzurechnen — gegeben hat, weil ihre grammatische Seite für eine Differenz zwischen der Falcidischen und der Trebellianischen Quart spricht [10]),

---

dae, praecipiendae und deducendae res sondert, hierin denjenigen Legaten ganz gleichstellt, welche der Erbe nur von seinen Miterben empfangen soll. Arthur Buddeus in Ersch und Gruber Allgemeine Encyclopädie Artikel: Fideikommiß S. 30.

9) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. Die Erklärung dieser Stelle zu Note 63 ff. und 78 ff. So unterscheidet schon *Vaconius a Vacuna* Declarationes iuris civilis. Venetiis 1564. 4. lib. 4 Declar. 59 nr. 1 p. 200.

10) Der Hauptgrund für diese Behauptung liegt darin: der Anfang dieser Stelle bezieht sich auf die Falcidische Quart (weshalb sich auch ihre Aufnahme in den Titel ad legem Falcidiam erklärt) und spricht auf das Deutlichste aus, daß die hereditaria pars praelegatorum, nicht aber die Theile, quas iure legati accipit, in diese Quart eingerechnet werden. Da nun den Uebergang auf die Tre-

während, wie Roßhirt sich ausdrückt[11]), die ganze historisch logische Auffassung des Gegenstandes dagegen ist. Wir meinen das fr. 91 D. ad legem Falcidiam, dessen hierher gehörige Worte folgende sind: Sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum sive fideicommissum[12]) datum sit heredi[13]), sive praecipere, vel deducere, vel retinere iussus est[14]), in quartam id ei imputatur[15]); pro ea vero[16]) parte[17]), quam

bellianische Quart die adversative Partikel sed macht, so muß bei ihr etwas Anderes hinsichtlich der Einrechnung in die Quart gelten. So *Pancirolus* a. a. O.

11) Vermächtnisse Bd. 1 S. 196.

12) Haloander läßt die zwei unmittelbar vorhergehenden Worte fort.

13) Daß hier nothwendig ein Theilerbe gemeint sei, beweist *Meier* Colleg. iurid. Argentorat. lib. 35 Pandectarum tit. 2 § 16. Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 4 S. 291, 292 will ohne Grund im ersten Satze einen Universal=, im zweiten einen Theil=Erben annehmen.

14) *Meier* a. a. O.: quae sunt itidem species legatorum seu fideicommissorum.

15) Wir müssen dabei suppliren: quod a semetipso habet, ohne daß wir aber nöthig haben, den Vorschlag von Hotomanus (Obss. XI, 5) zu befolgen, nach welchem derselbe folgende Worte in den Text aufnehmen will: imputatur pro ea parte, quam a se ipso accipit.

16) *Goveanus* Animadversionum liber I. Lugduni 1599. p. 905 ad h. l. will non pro ea parte etc. lesen und vor pro kein Zeichen setzen, dagegen mit extra einen neuen Satz beginnen.

17) *A. Faber* Coniecturae 6, 4 schlägt vor, entweder pro ea etiam etc. zu lesen und die spätern Worte extra bis accipitur fortzulassen, oder noch lieber diesen ganzen Satz von pro ea bis accipitur zu streichen. Allein obwohl Dionysius Gothofredus bemerkt, jene ersten Worte von pro bis coherede wären in der Florentina mit einem Sternchen bezeichnet, also auszumerzen (was auch Heimbach a. a. O. will) oder doch wenigstens zu verändern, so ist er über dieses Zeichen doch wohl im Irrthume, weil der genaue Brencmann die Existenz dieses Sternchens leugnet.

accipit [18]**) a coherede** [19]**), extra quartam** [20]**) id est quod a coherede accipitur** [21]**). Sed et si** [22]**) accepta pecunia**

18) So liest Haloander, sicher richtiger als diejenigen Herausgeber, welche der Florentinischen Leseart accepit folgen.

19) Hinter dieß Wort setzt Nettelbladt Prälegate S. 50 einen Punkt und liest die folgenden Worte (auf Pfeiffer's in seiner Diss. § 24 gemachten Vorschlag, welchen derselbe in seinen Vermischten Aufsätzen S. 397 als unhaltbar zurücknimmt) mit Einschaltung eines non, was er eine bescheidene Emendation nennt, also: extra quartam id est, quod non a coherede accipitur, und erklärt sie folgendermaßen: der Theil des Prälegates, welchen der Erbe nicht von seinen Miterben, also von seinem eigenen Erbtheile bekommt, der steckt nicht in der Quart, folglich muß er zugleich mit der Erbschaft restituirt werden. — Aber daß der Restituent dasjenige, was extra quartam ist, nicht restituiren, sondern noch neben der Quart zurückbehalten darf, ist eine ganz unbestreitbare Meinung.

20) *Duarenus* (Disputt. annivers. II, 10), der ebenso interpungirt, wie wir, hat die ganz verwerfliche Meinung, als wenn Marcian in diesen Worten wieder auf die Falcidische Quart zu sprechen komme, von welcher im Anfange dieses Fragments die Rede ist.

21) Wegen der in die Construction nicht recht passenden Ausdrucksweise, sowie wegen der ganz unnützen Wiederholung des eben Gesagten, könnten die Worte quod a coherede accipitur, auch wenn man mit *Wieling* (Lectiones iuris civilis II, 31) und Heimbach a. a. O. die Meinung des Albericus Gentilis billigt, daß quod für quia steht, als ein Glossem gelten, wenn nicht auch in dem ersten Satze des Fragmentes die Worte: nam hae in quartam non imputantur eben so überflüssig ständen und der Vermuthung Raum ließen, Marcian selbst habe so recht deutlich schreiben wollen. *Corasius* Miscellanea iuris civilis lib. II cap. 17 sagt, die sermonis structura und castigatiores codices sprächen dafür, statt a coherede zu lesen: ab herede (accipitur, d. h. was der Erbe empfing). Doch scheinen jene Handschriften eine Fiction und der Vorschlag selbst durchaus unhaltbar zu sein.

22) Darauf, daß diese Worte et si nicht verbunden werden dürfen, wie es noch in den neuesten Ausgaben der Fall ist, hat *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 357 aufmerksam gemacht.

Digitized by Google

restituere rogatus sit, id, quod accipit, in quartam ei imputatur, ut divus Pius[23]) constituit.

Diese Worte müssen dem Sinne nach so wiedergegeben werden: wenn ein Universalfideikommiß herausgegeben werden soll, mag dem Fiduciar ein Legat oder ein Fideikommiß hinterlassen, oder mag ihm befohlen sein, etwas vorwegzunehmen, oder abzuziehn, oder zurückzubehalten, so wird ihm dieß in die Quart eingerechnet. Es versteht sich aber, daß es für den Theil, welchen der Fiduciar von seinem Miterben bekommt, außerhalb der Quart bleibt, eben weil dieser Theil von dem Miterben erworben wird. Wenn aber der Fiduciar gebeten ist, Geld[24]) zu nehmen, und dafür die Erbschaft herauszugeben, so wird das gewonnene Geld ganz in die Quart eingerechnet, wie es der hochselige Fromme verordnet hat.

23) Goveanus a. a. O. stellt die Behauptung auf, daß diese Verordnung des Pius mit dem im fr. 93 D. ad legem Falcidiam und im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. erwähnten Reskripte Hadrians identisch sei. Wir haben bereits oben (im zehnten Capitel Note 72) gesehn, daß Pius auch den Beinamen Hadrian führte. Wenck (Divus Pius Spec. I Opuscula ed. *Stieber* p. 13 sqq.) zählt die zahlreichen Vertheidiger dieser Meinung auf, die auch er theilt. Zu den Gegnern, welche den Kaiser Hadrian Pius genannt wissen wollen, gehört aus der neuesten Zeit Stemann in Elvers Themis Neue Folge Bd. 1 S. 284.

24) Der Gegensatz gegen die frühern von Marcian aufgezählten Arten der Fideikommisse liegt keineswegs in dem gebrauchten Worte accipere — wie Roßhirt Civilrecht § 709 anzunehmen scheint — sondern darin, daß Geld der Gegenstand des Recepts ist; denn die übrigen Objekte der Vermächtnisse werden nur zum Theil, das zu nehmende Geld aber ganz von dem Fiduciar in die Quart eingerechnet. Roßhirt a. a. O. bezieht diese Stelle nicht sowohl auf die Imputation als auf die Compensation. Er meint, in dieser Stelle liege nur: wenn ein Fiduciar, der 40 als Legat an Andere und 20 als Legat an einen Miterben zahlen soll, dadurch mit 15 in seiner Quart verletzt ist, so darf er, wenn er von seinem Miterben 5 empfängt, diesem Nichts abziehn, sondern nur 10 den Andern.

Hieraus geht nun hervor, wenn wir zuerst den Fall betrachten, da nicht Geld das Object des Prälegates bildet, daß in die Trebellianische Quart derjenige Theil von den auf irgend eine Weise [25]) dem Fiduciar hinterlassenen Vermächtnissen eingerechnet wird, welcher auf seinem Erbtheile lastet [26]), nicht aber der andere Theil, welchen er von seinem Miterben aus dem Prälegate zu fordern hat [27]). Denn diesen Theil, oder diese mehreren Theile, wenn er mehr als einen Miterben hat, oder endlich alle Theile, wenn es ein uneigentliches Prälegat ist [28]), behält er für sich außer der Quart [29]).

25) Lindelof im Archiv für civilist. Praxis Bd. 4 S. 448, 449 meint, diese Regel gehe nur auf die mit dem Worte praecipere gemachte Anordnung, weil deducere und retinere nur „von seiner eigenen Erbportion abziehn" bedeuten. Aber er hat übersehn, daß die Ausdrücke deducere, retinere und praecipere vollkommen identisch von den Römischen Juristen und von Justinian gebraucht werden. Man s. das zehnte Capitel Note 69.

26) Damit stimmen auch unter Andern *Paulus de Castro* Pars prima Commentariorum super Codice ad l. filium quem Familiae herciscundae, *Cuiacius* Recit. sol. ad tit. 1 de legatis II ad l. 68, ad tit. 1 de legatis III ad l. 32; Bucher Pandekten § 454; Seuffert Pandekten § 643; *v. d. Pfordten* Diss. p. 101, 102; Mühlenbruch Pandekten § 767; Roßhirt gemeines deutsches Civilrecht § 711.

27) *Albericus de Rosate* super secunda parte Infortiati ad l. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell.; *Alciati* Paradoxa lib. 6 cap. 4, Comm. in tit. ad leg. Falcid. ad l. 91; *Duarenus* Praelect. in tit. ad leg. Falcid. cap. 7. Parisiis 1561. 8. p. 67; *Donelli* Comm. iur. civ. lib 7 cap. 30; *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B. et C. p. 864; Thibaut Pandekten (Neunte Ausgabe) § 948 Note u.

28) *Franciscus de Barry* de successionibus Vol. II lib. 15 tit. 4 § 2 gibt dieß nur bei dem uneigentlich prälegirten Gelde zu, nicht von einem corpus hereditarium, welches letztere nach seiner unrichtigen Meinung auch bei uneigentlichen Prälegaten difformi titulo erworben werden soll.

29) *Perez* Praelect. in Codicem lib. 3 tit. 36 § 18; *Bach*

Digitized by Google

Bei dem Retiniren dieser speciellen Gegenstände hat also die Größe der Erbportion des Fiduciars einen bedeutenden Einfluß; je mehr sie sich der ganzen Erbschaft nähert, desto mehr wird der Fiduciar sich in die Quart einrechnen müssen [30]. Wäre also der mit dem Universalfideikommiß belastete Erbe **ex asse heres** [31]), so würde Alles, was er aus der Erbschaft erworben, mag es in Erbschafts- oder in Vermächtniß-Formen vom Erblasser ihm zugewendet sein, in die Trebellianische Quart eingerechnet werden müssen [32]).

Ganz gleichgiltig ist es dabei, ob die prälegirten Gegenstände wirklich in der Erbschaft sich finden, oder ob sie erst durch Erbschaftsgeld, welches von jedem Erbtheile **pro rata** abzuziehn ist, gekauft werden müssen [33]). Nur in dem Falle

---

de his quae imputantur in quartam fiduciarii § 6 in seinen Opuscula p. 453.

30) Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 490.

31) Entweder weil ihn der Erblasser selbst schon so begünstigt hat oder weil seine Miterben die Erbschaft ausgeschlagen haben.

32) *Nieto* cap. 4 § 10. — Diesen in den Quellen sehr selten vorkommenden Fall mag Alciat bei seiner im vorigen Capitel Note 84 getadelten Entscheidung vor Augen gehabt haben.

33) fr. 25 § 22, fr. 26 D. fam. herc. 10, 2; fr. 72 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. (die Worte dieser drei Fragmente im achten Capitel Note 17, 18 u. 14). Es ist ein vergebliches Bemühn von Donellus (Comm. absolutissimi Codicis ad l. 24 C. fam. herc. § 12), worin er freilich zum Theil schon Vorgänger an Accursius ad fr. 58 § 3 D. ad SCtum Treb. v. petenti und Baldus im Comm. ad c. 24 cit. hat, darin einen Unterschied finden zu wollen, ob die dem Erben legirte Sache zur Erbschaft gehöre oder nicht; im ersten Falle solle die hereditaria pars der Sache, im zweiten Falle solle sie ganz eingerechnet werden. Diese letzte Behauptung hängt theils mit der unrichtigen Ansicht zusammen, daß in die Trebellianische Quart auch legati iure Empfangenes eingerechnet werde, theils daß immer ein Unterschied zwischen einem legatum heredi relictum und einem Prälegate bestehe.

behauptet Alciat[34]) eine Abweichung von dieser Regel und will die Sache ganz in die Quart imputirt wissen, wenn das Prälegat eine Sache ist, die einem Miterben des Prälegatars gehört. Diese Ausnahme ist aber unbegründet. Soll die Sache, was Alciat gewiß meint, dieser Miterbe geben und dafür den Erbtheil des Miterben restituirt verlangen können, so bildet sie gar kein Prälegat im eigentlichen Sinne, wird also gar nicht hereditario iure besessen, und es fehlt an jedem Grunde, sie in die Quart einzurechnen.

Eine andere ganz eigenthümliche Unterscheidung hat Salicetus[35]) aufgestellt. Er unterscheidet bei den legati iure besessenen Theilen des Prälegates drei Fälle. Einmal: der Testator hat nicht gewollt, daß diese Theile in die Quart eingerechnet werden; dann geschieht es auch nicht. Sodann: der Testator hat zu dem ausdrücklichen Zwecke das Prälegat hinterlassen, damit der Prälegatar die ihm auferlegten Vermächtnisse ganz zahle, dann solle er diese legati iure erworbenen Theile auch in die Quart einrechnen. Endlich: es steht über des Testators Willen nichts Gewisses fest; dann unterscheidet Salicetus von Neuem. Soll der Fiduciar an Miterben restituiren, so compensiren sich ganz oder theilweise die gegenseitigen Forderungen; soll er an Fremde restituiren, so rechnet er nicht ein, was er von jenen Miterben bekommt, woraus er folgert, daß die quarta pinguior respectu extraneorum quam coheredum sei. Gegen die Entscheidung seines ersten Falles ist Nichts einzuwenden, wohl aber gegen die des zweiten und die Folgerung aus der Entscheidung des dritten. Der Beweis für seinen zweiten Fall kann nur in der Analogie des fr. 75 D.

---

34) Paradoxa lib. 6 cap. 4; Commentaria in tit. ad leg. Falcid. in l. 91.

35) super tertio Codicis tit. fam. hercisc. cap. 24 nr. 24.

ad legem Falcidiam[36]) gesucht werden; allein eine gründliche Interpretation dieser Stelle beweist gegen Salicetus. Dem Marcellus liegt hier der Fall vor, daß ein Legat dem Erben hinterlassen ist, damit derselbe die an ihn gewiesenen Vermächtnißnehmer vollständig befriedige, und in diesem Falle sagt er: deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet, d. h. wenn der Erbe auf die Quart provocirt, so kann er das Legat gar nicht einfordern, es fällt alsdann in sich zusammen[37]). Existirt es aber nicht, so ist es ja ganz unmöglich, es in die Quart einzurechnen[38]). Was den dritten Fall betrifft, der am häufigsten vorkommen wird, so stimmen wir in der Entscheidung mit Salicetus überein, wornach er, nur wenn Miterben sich gegenüber stehn, vom Compensiren die Rede sein läßt; aber die Folgerung einer pinguior quarta bei fremden Fideikommißerben ist nicht richtig; die Quart ist in beiden Fällen gleich, nur bei Fremden als Fideikommißerben hat der Fiduciar etwas extra quartam[39]), während er bei Miterben als Fideikommißerben Nichts supra quartam behält.

36) Ex libro XL Digestorum Iuliani Marcellus. Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet. Diese Bestimmung ist natürlich analog bei der Trebellianischen Quart anzuwenden.

37) Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 305. Man vgl. das siebzehnte Capitel Note 21.

38) Schon der Basilikenscholiast zu lib. 41 tit. 1 l. 15 (fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam) behauptet, daß in dem oben mitgetheilten fr. 75 D. 35, 2 eine Einrechnung des zum Zwecke der vollständigen Auszahlung der Vermächtnisse ausgesetzten Legates die Falcidische Quart vom Testator angeordnet sei und habe befolgt werden müssen. Auch im fr. 19, fr. 30 § 7, fr. 87 pr. D. 35, 2 will Roßhirt (Vermächtnisse Bd. 1 S. 576, 577) gewiß ohne Grund den Fall finden, daß der Erblasser die Einrechnung in die Quart befohlen hat.

39) c. 24 C. familiae herciscundae 3, 36.

Daß wir in dem Vorstehenden das fr. 91 richtig interpretirt und aus ihm richtig argumentirt haben, wollen wir dadurch jetzt zu beweisen suchen, daß mit unserer Auslegung alle übrigen hierher gehörigen Stellen des Römischen Rechts sich in Harmonie befinden.

Mit voller Evidenz geht aus c. 24 C. familiae herciscundae[40]) hervor, sowohl daß nur derjenige Theil eines prälegirten Grundstückes in die Trebellianische Quart eingerechnet werden muß, welcher nach Erbrecht dem Erben bleibt[41]) (hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta), als auch daß derjenige Theil, welchen die Miterben dazu beigetragen haben, neben der Trebellianischen Quart von dem Fiduciar lukrirt wird[42]) (quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens). Den ersten Satz finden wir ferner bestätigt durch die Auslegung der zweiten Hälfte von fr. 86 D. ad legem Falcidiam[43]), worin sich folgender für die

40) Filium, quem habentem fundum portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator, post eius eventum, hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens, reddere compellitur. Eine genaue Erklärung dieses Reskripts findet sich im Anhange.

41) *Goveanus* Lectionum variarum iuris civilis lib. 2 cap. 21.

42) *Ioannes Bassianus* in der Glosse zu dieser c. 24 v. hereditaria parte; *Pacius Εναντιοφανων* Centuria VI quaestio 51.

43) Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit, fideique eius commisit, ut hereditatem, retenta quarta parte (dieselbe Retentionsbefugniß lesen wir z. B. im fr. 75 § 1 D. ad SCtum Trebell.), Secundae et Proculae restituat; eadem fratri quaedam praedia praelegaverat; quaero, an Titius

Lehre von der Trebellianischen Quart [43]) interessanter Rechtsfall findet.

Wenn eine Frau ihren Bruder Titius auf den dritten Theil ihres Vermögens zum Erben eingesetzt und ihn gebeten hat, seinen ganzen Erbtheil zu restituiren, auch ihm einige Grundstücke prälegirt hat, so darf zwar, nach dem Bescheide Julians, der Erbe bei der Institution seines Erbtheils an den Fideikommißerben die ihm prälegirten Grundstücke ganz zurückbehalten; nur muß, wenn er die (Trebellianische) Quart abziehn will, er sich in diese Quart das Drittel vom Werthe des Prälegates einrechnen, weil er auf den dritten Theil Erbe ist und weil er auch ein Drittel des Prälegates von seiner Erbportion zu leisten gehabt hätte, wenn ein Anderer als er der Berechtigte zu diesem Legate gewesen wäre [45]). Mit dieser Erklärung Julians trientem legi Falcidiae [46]) imputari oportere steht keineswegs Ulpians Entscheidung im fr. 18 § 3 D.

---

ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat? Respondi, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur.

44) *Aemilius Ferrettus* Opera p. 507 nr. 21 macht darauf aufmerksam, daß weder c. 24 C. fam. herc. noch fr. 86 D. ad leg. Falcid. unter ihrem passenden Titel stehn, indem beide besser zur Rubrik ad SCtum Trebellianum gehörten. — Nicht zu bekommen war eine Diss. de restitutione fideicommissorum et imputatione praelegatorum in quartam Trebell. ad C. Titia 86 D. ad leg. Falcid. Argentorati 1667 von Ulrich Obrecht.

45) *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 72.

46) Daß hier unter lex Falcidia das Senatusconsultum Trebellianum (eigentlich Pegasianum) verstanden wird, ist schon oben Note 4 bemerkt.

ad SCtum Trebellianum [47]) **im Widerspruch, nach welcher es** heißt: wenn ein Theilerbe, der ein Prälegat hat, gebeten ist, seine Erbportion zu restituiren, so gehört der Theil des Prälegates, welcher auf seiner Erbportion lastet, zu dem herauszugebenden Fideikommisse. Nichts Anderes sagt auch Julian. In seinen Worten liegt nemlich Folgendes: Zu der zu restituirenden Erbschaft gehört zwar des Fiduciars gesammte Erbportion, d. h. sein Erbschaftsdrittel mit Einschluß des auf demselben haftenden Drittels des Prälegates — in fideicommissum cadit [48]) —, aber diese ipso iure bestehende Restitutionsverbindlichkeit wird dadurch aufgehoben, daß er wiederum von dem Universalfideikommissar, als dem nach geschehener Re-

---

47) **Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit; ceterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit; et id divus Marcus decrevit.**

48) Sehr richtig bemerken die Glosse (zu fr. 18 § 3 cit. v. in **fideicommissum** cadit und zu c. 24 C. 3, 36 v. hereditaria portio), *Cuiacius* Comm. ad Iuliani lib. 40 Dig. ad fr. 86 D. ad leg. Falcid. und v. Vangerow Leitfaden Bd. II S. 430, das Imputiren in die Quart sei hier nur ein anderer Ausdruck für die Restitutionsverbindlichkeit (cadit in fideicommissum quod sibi in quartam computat), obschon an sich Retiniren und Restituiren Gegensätze sind. Bolley im Juridischen Archiv Bd. 3 S. 47. Claussen in seiner Juristischen Zeitschrift S. 183 bestreitet die obige Ansicht nur deshalb, weil er das zuletzt oben im Texte Bemerkte übersieht. — Ein in Böhmers Rechtsfällen Bd. 1 Nr. 16 S. 126 gegebenes Responsum: „wir sind der Meinung, daß die Frau die „quartam Trebellianicam wegzunehmen nicht befugt, son„dern darin die Früchte, die sie selbst von den nachgelassenen Gütern „erhoben, einzurechnen sind, und nur dasjenige, so daran etwa noch „ermangelt, aus den Fideikommißgütern selbst zu ersetzen ist", kann mit Beibehaltung desselben Sinnes gerade umgekehrt, vielleicht noch besser, also gefaßt werden: wir sind der Meinung, daß die Frau **die quartam Trebellianicam wegzunehmen befugt**, jedoch darin u. s. w.

stitution wirklichen Erben zum Drittel, ein Drittel seines Prälegates absordern kann[49]). Da es nemlich gegen des Erblassers Willen ist, daß der Fiduciar Beides, das Prälegat und außerdem noch das Trebellianische Viertel, dem Fideikommissar abzieht, so soll er das Prälegat allerdings nach dem Willen des Testators haben; aber so weit es reicht, muß es die Quart vertreten, so daß außer dem Drittel des Prälegates, welches er in die Quart einrechnen muß, er nur noch so viel dem Fideikommissar abziehn darf, als darnach an der Quart fehlt[50]). Die Urtheile beider Juristen weichen nur scheinbar unter einander durch die Richtung ab, in welcher sie ihr Urtheil abgeben. Julian spricht von der Restitution mit dem Abzuge der Trebellianischen Quart, Ulpian von der Restitution der Erbschaft, ohne dabei an diesen Abzug der Quart zu denken. Auch

49) Julian meint: der Fiduciar darf nicht bloß den Theil des Prälegates, welchen er von seinen Miterben empfangen, sondern auch den Theil des Prälegates, welcher von seinem Erbtheile zu leisten ist, retiniren, wenn er die Erbschaftsquote, auf welcher ebenfalls dieß Prälegat haftet, herausgibt. Denn da er von dem nunmehrigen Universalfideikommissar (nicht einem partiarius legatarius, wie *v. d. Pfordten* Diss. p. 99 annimmt) den Werth dieses Theiles am Prälegate sogleich zurückfordern könnte, so ist durch die Retention dieses Theils, wie bei einer brevi manu traditio, das Hin- und Hergeben vermieden. *Voorda* Interprett. cap. 30 erkennt dieß auch im Ganzen an, sobald es sich um das Geldinteresse handelt, und zumal wenn der Fideikommissar consentirt. Wenn dieser aber selbst Liebhaberei auf die prälegirten Gegenstände habe und sie zu seinem Theile verlange, so dürfe sie der Fiduciar in den Theilen nicht retiniren, die zum Fideikommisse gehören; denn auch hier müsse die Regel gelten, daß eine aestimationis datio dem Gläubiger nicht aufgedrungen werden könne. — Stets wird hier bei Nichteinigung der Parteien der iudex familiae herciscundae nach billigem Ermessen entscheiden arg. c. 36 C. de inoff. test. 3, 28. *Oldradus de Ponte* Tabula consiliorum, quaestionum et allegationum lib. I consil. 113.

50) *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 358 ad fr. 91 D. 35,2.

geht die mit Julian übereinstimmende Ansicht Ulpians aus fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum [51]) hervor, wo dieser letzte Jurist ebenfalls darauf aufmerksam macht, daß, wenn ein Theilerbe bei der Restitution seines Erbtheils Grundstücke retiniren soll, er diese nur auf eine so große Quote, als seine Erbportion beträgt, hereditario iure zurückbehalten darf (also in die Trebellianische Quart einrechnen muß), während er die übrigen Quoten erst von seinen Miterben, also legati iure erhält, dieselben ihm folglich extra quartam bleiben.

Legen wir nun dieser Entscheidung Julians ein Beispiel unter. Die Erbschaft beträgt 300, Titius ist auf ein Drittel, mit der Auflage dasselbe zu restituiren, eingesetzt; ihm sind Güter prälegirt, die 24 werth sind. Nun hat Titius als Erbe 100, worin aber schon 8, als ein Drittel des Prälegates, iure heredis stecken, außerdem von den Miterben 16 (d. h. die andern zwei Drittel des Prälegates), die er außer der Quart behalten kann; ferner soll er seinen Erbtheil, der 100 beträgt, restituiren; aber er gibt nur 75 mit Berufung auf die Trebellianische Quart heraus, und damit muß auch der Fideikommissar zufrieden sein. Wollte der Titius außerdem noch die 8, welche das Drittel des Prälegates ausmachen, das er an sich selbst zu zahlen schuldig war, von dem fideikommissarischen Erben einfordern, so hat derselbe nicht nöthig, sie zu zahlen, sondern kann mit Recht einwenden: diese 8 stecken schon in den 25, welche der Fiduciar sich abgezogen, und derselbe dürfe das Prälegat nur einmal, nicht doppelt, ihm in Rechnung stellen [52]).

---

51) Die genauere Erklärung dieses Fragments s. unten zu Note 63 ff.

52) *Iensius* a. a. O. p. 347 rechnet unrichtig in folgendem von ihm gewählten Beispiele: Ich bin auf zwei Drittel einer Erbschaft berufen, die 24 werth ist, und soll diese zwei Drittel restituiren; außerdem sind mir 3 legirt. Jensius meint nun, in

Troß dieser, wie es uns scheint, vorhandenen Harmonie zwischen den übrigen Aeußerungen der Rechtsquellen und der Entscheidung in diesem zweiten Theile des fr. 86 D. ad legem Falcidiam ist dieselbe vielfach angefochten, indem v. Lindelof, v. d. Pfordten und Burchardi, wenn gleich zum Theile auf verschiedenen Wegen die Ansicht vertheidigen, es könne jene Entscheidung Julians für das Justinianeische Recht nicht mehr gelten. Alle machen damit den Compilatoren Justinians den schweren, obwohl unbegründeten Vorwurf, als hätten sie in dieser zweiten Hälfte des fr. 86 eine antiquirte Bestimmung aufgenommen. Lindelof [53]) argumentirt so: Die Antwort am Schlusse des fr. 86 soll von Julian auf die Vorschrift des SCti Pegasiani begründet sein, nach welchem der Fideikommissar als Legatar galt, weshalb der Fiduciar ihn nicht in Anspruch nehmen konnte; wenn er also das Prälegat vollständig haben wollte, so mußte er von seiner Erbportion das Drittel abziehn, welches er nicht von den Miterben bekam. Da er aber seine Erbportion reell restituiren sollte, so mußte er das Drittel des Prälegates ganz in das nach dem SCtum Pegasianum zurückzubehaltende Viertel seines Erbtheils einrechnen, weil er nach der Restitution seines Erbtheils am Prälegate gar keine Klage darauf gegen den Fideikommissar gehabt haben würde [54]). Ganz anders hätte nach Justinianeischem Rechte, wo der Universalfideikommissar stets

---

diesem Falle werden meine Miterben 7 behalten, da sie zusammen 1 an mich zahlen müssen, was richtig ist; aber daß der Fideikommissar $12\frac{1}{2}$ und ich $4\frac{1}{2}$ haben soll, ist unrichtig, indem ich nur 12 restituiren darf, 4 behalten kann und 1 von den Miterben dazu bekomme.

53) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 4 S. 443.

54) Burchardi System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 373 S. 1229.

als Erbe galt, die Erklärung ausfallen müssen, dahin nemlich, daß der Fiduciar, der ein Zwölftel der Erbschaft zurückbehielt und drei Zwölftel der Erbschaft dem Fideikommissar restituirte, in sein Viertel (hier ein Zwölftel der ganzen Erbschaft) auch nur ein Zwölftel des Prälegates einrechnen durfte und drei Zwölftel von dem Fideikommissar einfordern konnte. Nach der Behauptung von der Pfordtens [55]) muß ein Prälegatar, der seinen ganzen Erbtheil restituiren soll und der, nicht zufrieden mit dem Prälegate, auf die Pegasianische Quart Anspruch macht, seinen Erbtheil am Prälegate restituiren, so daß, wenn er Universalerbe ist, es gerade so herauskommt, als wenn gar kein Prälegat angeordnet wäre. (Eine Ansicht, der wir unsere Zustimmung nicht versagen können.) Wolle der Fiduciar aber in der Quart das Prälegat behalten [56]), so könne man doch von einer Imputation des Prälegates in diesem Falle nicht reden [57]). Allein ausdrücklich sagt ja gerade Julian: **totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere**, und v. d. Pfordten muß, um seine Meinung zu rechtfertigen, zu der Behauptung greifen [58]), Julian habe hier nur **obiter** den Fall entschieden und **improprie** von einem **imputare trientem** gesprochen, um den Gegensatz mit den drei Vierteln des Prälegates zu bezeichnen, die nicht imputirt werden. Pfordten selbst erklärt indirekt seine Unzufriedenheit

---

55) Diss. de praelegatis p. 92.

56) Wozu Pfordten die Uebereinstimmung des Fideikommissars für nöthig hält, ohne daß fr. 26 § 1 und fr. 27 De legatis I, welche er hiefür citirt, beweisend sind. Vgl. den oben Note 49 angeführten Voorda.

57) Diss. de praelegatis p. 90: non ex imputatione .... imputari non possumus dicere; p. 99: neque imputari dici poterat.

58) Diss. de praelegatis p. 99.

mit dieser aus solchen Motiven dem Julian aufgebürdeten Entscheidung, indem er zu der Hypothese greift, Julian habe seine hier ausgesprochene Ansicht später verlassen, wie sich dieß aus der Vergleichung mit f. 1 §. 16 D. ad SCtum Trebellianum ergebe [59]).

Vor Allem wird der um Restitution der Erbschaft gebetene, auf seinen Vortheil bedachte Erbe, insbesondere der Universalerbe überlegen, ob er besser zu stehn kommt, wenn er die Prälegate in Anspruch nimmt oder wenn er die Trebellianische Quart abzieht. Daß in einem solchen Falle, wo die Prälegate weniger werth sind, als ein Viertel der zu restituirenden Erbportion, der Erbe sich für den Abzug der Quart erklärt, setzt Ulpian voraus in dem fr. 1 § 16 D. ad SCtum Trebellianum [60]) mitgetheilten Falle, wo das prälegirte Objekt ver-

59) Vgl. das fünfte Capitel Note 52 und in den nächsten gleich folgenden Noten.

60) Si heres praecepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano Senatusconsulto restituet hereditatem, nec multum facit, si fundus pignori datus est; neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est. Sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Iulianus autem cavendum non putat, sed aestimandum, quantum valet sine hac cautione, hoc est, quanti vendere (statt vendi, sowohl hier als gleich weiter. *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 365) potest sine cautione; et si potest tanti vendere non interposita cautione, quantum facit quarta pars bonorum, ex Trebelliano transituras actiones, si minoris, retento eo, quod deest, similiter ex Trebelliano restitutionem fieri, quae sententia multas quaestiones dirimit. v. d. Pfordten Diss. de praelegatis p. 94 findet das Merkwürdige dieser Stelle darin, daß der Fiduciar, der doch seine ganze Erbschaft restituiren soll, diese nicht dem Pegasianum gemäß restituirt, dessen Anwendbarkeit in einem solchen Falle ebenso Gaius II, 256 als Ulpian XXV, 14 lehren, weshalb auch schon *Pothier* Pandectas 36, 1 nr. 61 die Vermuthung aufgestellt hat, daß die Worte similiter ex Trebelliano statt

pfändet war. Hier soll das Grundstück mit der darauf lastenden Hypothek nach seinem jetzigen Verkaufswerthe taxirt werden; und wenn diese Taxe dem Fiduciar noch nicht sein Viertel deckt, so soll er berechtigt sein, das an dem Viertel noch Fehlende aus der Erbschaft zu retiniren[61]).

Eben so setzt Papinian voraus, daß in dem Falle, da die Prälegate mehr werth sind, als die zu restituirende Erbportion, der Fiduciar sich für die Annahme der Prälegate erklärt[62]). Wir lesen nemlich am Schlusse des fr. 58 § 3 D. ad Senatusconsultum Trebellianum: Cum autem praedia maioris pretii, quam portio hereditatis[63]) essent, in su-

---

ex Pegasiano, wie Ulpian geschrieben habe, von Tribonian herrühren. Allein nicht bloß im vorjustinianeischen Rechte (Pauli Rec. Sent. IV, 3, 2), sondern auch in den Digesten (fr. 45 D. ad SCtum Trebell., fr. 20 D. quae in fraudem 42, 8) finden wir Fälle, in denen die ganze Erbschaft unverkürzt dem Trebellianischen Senatsbeschlusse gemäß vom Fiduciar restituirt wird, was natürlich derselbe dann thut, wenn er ganz frei von den Erbschaftssorgen sein will.

61) Aber auch in dem Falle gilt er als Erbe auf ein Viertel, wenn die Taxe das Viertel erreicht, und er muß also ein Viertel zur Ablösung der Pfandschuld beitragen, wenn er das taxirte Grundstück behalten will. Daß ein gleiches Verfahren auch für den Fall gelten kann, wenn der Fiduciar Theilerbe ist, läßt sich nicht gut bezweifeln. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 195.

62) *Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 452 schreibt, der Fiduciar, welcher in einem solchen Falle nicht das Prälegat dem Trebellianischen Viertel vorziehe, müsse supinus et excors sein. Vgl. jedoch fr. 4 § 11 De doli mali exc. 44, 4 im Cap. 20 Note 38. — In diesem Falle bestätigt sich die Wahrheit des Satzes, daß die Trebellianische Quart nur ein Privilegium zu Gunsten des Fiduciars ist, welches in Anspruch zu nehmen ihm niemals aufgebürdet werden kann. Darum ist in der c. 11 C. ad legem Falcidiam 6, 50 von einem auxilium legis Falcidiae (d. h. SCti Pegasiani) implorare die Rede. Vgl. *Dirksen* Manuale v. auxilium § 5.

63) Schon die Glosse supplirt zu diesem Worte richtig: restituendae.

perfluo praediorum[64]**) petenti**[65]**) fideicommissario**[66]**) Falcidiam intervenire vivum est; concurrentem enim pecuniam compensari placuit,** d. h. wenn die prälegirten Grundstücke mehr werth sind, als die zu restituirende Erbquote des Prälegatars, so darf dem Fideikommissar, der die Falcidia beansprucht, dieselbe zu Hilfe kommen, in Bezug auf den Mehrbetrag der Grundstücke über seinen ihm zu restituirenden Erbtheil, insoweit er deren Betrag nicht schon durch Compensation hat. Zur Verdeutlichung dieses Satzes diene folgendes Beispiel[67]): Die Erbschaft betrage 400, der Werth der dem A. prälegirten Grundstücke sei 380 und A. soll seinem gleich ihm auf die Hälfte instituirten Miterben B. seine Erbportion herausgeben. Wenn nun der B. die Falcidische Quart wegen seiner

64) Das superfluum praediorum erklärt *Cuiacius* Comm. in lib. 9 resp. Papin. zu dieser Stelle richtig dahin: id quo praedia pro portione fideicommissarii sunt pluria, quam pars hereditatis, quae ei restituitur.

65) Man könnte den Fiduciar hier für den petens halten. Während derselbe in dem Falle, welcher dieser Darstellung unmittelbar vorausgeht, mit dem bloßen retinere auskam, bedarf er in diesem Falle der Klage. Grammatisch ließe sich diese Auslegung — daß wider den wegen des Ueberschusses der Grundstücke Klagenden dem Fideikommissar der Abzug der Quart zustehe — ebenso vertheidigen, als die hier befolgte Ansicht der Glosse, welche unter dem petens den fideicommissarius versteht und zu petenti Falcidiam supplirt. Die Construction in superfluo praediorum bleibt immer auffallend, aber dafür, daß diese Worte eher mit Falcidiam intervenire, als mit petenti zu verbinden sind, spricht der Umstand, daß Papinian nur insoweit an den Grundstücken die Quart abziehn will, als ihr Abzug nicht bereits durch Compensation überflüssig geworden ist.

66) Er ist zugleich direkter Miterbe und durch das zu leistende Prälegat oder, wie Stemann in Eivers neuer Themis Bd. 1 S. 283 annimmt, durch das Hinzukommen anderer ihm auferlegter Vermächtnisse in seiner Falcidischen Quart verletzt.

67) Die Glosse hat dieß Beispiel.

Belastung mit dem Prälegate in Anspruch nimmt, da er nur 10 statt 50 von seiner Erbportion übrig behält, so wird er dem A. einen Abzug von 40 zu machen berechtigt sein, in der Art aber, daß A., der ihm 10 von seinem Erbtheil zu restituiren hat, diese nicht wirklich gibt, sondern compensirt [68]), so daß der B. noch 30 fordern kann, deren Betrag er von dem prälegirten Grundstücke abzieht.

So weit geht niemals die Berechtigung des Fiduciars, den Fideikommissar zur Annahme der Fideikommißerbschaft zu zwingen [69]), ebensowenig wie durch Verzicht auf das Prälegat sich der Restitution zu entziehn [70]). Natürlich aber hängt es ganz von der freien Entschließung des Fiduciars ab, ob er die Quart wählt oder ob er mit dem Prälegate zufrieden ist, wenn dieses weniger als ein Viertel seiner restituirten Erbschaft beträgt. Dieß erkennen wir aus einem Reskripte der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla [71]). Hier heißt es: wenn außer einem

68) Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 491 sagt: der Fideikommissar (weil derselbe auch direkter Erbe ist), in seiner Quart überschwert, darf allerdings die Falcidia abziehn, vorausgesetzt, daß die Ueberschwerung nicht durch die Erbportion, welche der Fiduciar ihm restituirt, gedeckt wird. Denn soweit eine Deckung Statt findet, tritt Compensation ein.

69) fr. 30 § 7 D. ad legem Falcidiam 35, 2 (die Worte im zehnten Capitel Note 89); § 9 I. de fideic. hered. 2, 23: secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui.

70) fr. 11 § 3 De legatis III. 32 (die Worte im zehnten Capitel Note 71).

71) Es findet sich sowohl im fr. 29 D. ad SCtum Trebell. als im § 3 I. quibus modis testamenta 2, 17: Sed et si quis priore testamento iure perfecto posterius aeque iure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse D. Severus et Antoninus rescripserunt; cuius constitutionis verba inseri iussimus, quum aliud quoque praeterea in ea constitutione expressum est: Imperatores Severus et Antoninus

älteren Testamente ein späteres Testament sich findet, in welchem letztern der einzige ernannte Erbe auf specielle Sachen instituirt ist, so gilt dieser letzte Erbe als Fiduciar, die im ersten Testamente berufenen Erben gelten als Universalfideikommissare, und Jener hat das Recht, bei der Restitution der Erbschaft entweder ein Viertel derselben oder die Sachen zu retiniren, auf welche er wirklich zum Erben eingesetzt ist.

Gehn wir nun zu dem andern Hauptfalle über, in welchem Geld, welches der zur Restitution seines Erbtheils verpflichtete Erbe retiniren darf, den Gegenstand des Prälegates bildet. In diesem Falle muß derselbe das Geld nach allen seinen Theilen [72]) in die Quart einrechnen, weil das Geld so angesehn werden soll, als wenn es ganz von der Erbportion des Fiduciars zurückbehalten [73]) und kein Theil desselben von den Miterben gegeben werde [74]).

Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde iure valere, ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.

72) *Cuiacius* Comm. in lib. 8 resp. Papin. ad fr. 77 pr. De legatis II; Comm. in tit. 1 de legatis II ad fr. 69; *Struvius* Gothofredi Immo ad fr. 91 D. 35, 2.

73) fr. 77 pr. De legatis II. 31 Cum pater filios, eorumque matrem heredes instituisset, ita scripsit: peto a te filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano partem hereditatis restituas matri tuae; respondi, praedium quidem hereditarium iudicio divisionis de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam. *Cuiacius* Comm. in lib. 20 quaest. Papin. ad fr. 93 D. ad leg. Falcid.; *Donelli* Comm. 7, 30; *Goveanus* lectiones variae iuris civilis lib. 2 cap. 21. Man vgl. das zehnte Capitel Note 68 ff.

74) *Alciati* Commentaria in tit. D. ad leg. Falcid. in l. 91; *Goveani* Animadversionum liber I. Lugduni 1599. p. 905;

Digitized by Google

Den Beweis hiefür liefert, abgesehn von dem im Eingange dieses Capitels mitgetheilten fr. 91 D. ad legem Falcidiam, das fr. 93 D. ad legem Falcidiam [75]). Hier sehn wir aus dem Schlusse der Stelle, daß eine prälegirte Summe, welche gerade ein Viertel des Erbtheils beträgt, den Abzug des Trebellianischen Viertels gänzlich deckt; und aus ihren Anfangsworten erkennen wir, daß, wenn eine so prälegirte Summe wegen später befohlener Rückgabe weniger werth ist, als das Viertel der Erbschaft, der Fiduciar nur jenen Minderwerth durch seine Berufung auf die Trebellianische Quart in Anspruch nehmen kann. Noch überzeugender wird dieser Beweis geführt

---

Westphal Von Verm. u. Fideik. S. 1264. *F. de Barry* de successionibus Vol. II lib. 15 tit. 4 § 2 hebt ausdrücklich hervor, daß es gleichgiltig sei, ob der Erblasser befohlen hat, der Erbe soll das Geld von sich selbst nehmen oder ob er praecepta certa summa vermacht hat.

75) Acceptis a Maevio (Mävius ist kein direkter Erbe, so daß kein Legat vorliegt) centum, hereditatem Maevio restituere, pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est; quanquam haec centum quartam bonorum efficiant, tamen propter fideicommissum sequens quartae retentioni locus erit; tunc enim ex constitutione Divi Hadriani Falcidiae satisfacit ea quantitas, quum apud heredem remanet .... Si quis ita scripsit: acceptis centum peto restituas hereditatem, neque personam dantis demonstravit, quasi retentam et praeceptam pecuniam, si quartae sufficiat, inducere Trebellianum; d. h. im Sinne Papinians, von dem auch diese letzten Worte herrühren: hat der Erblasser also verfügt: ich bitte dich nach Empfangnahme von Hundert die Erbschaft zu restituiren! ohne die Person des Gebenden zu bezeichnen, so wird dieß zurückbehaltene und genommene Geld, wenn es so viel als die Quart beträgt, nicht dem Pegasianum, sondern dem Trebellianum SCtum Anwendung gewähren. *Vallius* in *Otto* Thes. T. I p. 447 erklärt die Worte inducere Trebellianum richtig mit locum esse Trebelliano, non Pegasiano (so auch *Sintenis* in der Uebersetzung dieser Stelle und *Dirksen* Manuale v. inducere § 1 A. z. B. fr. 18 § 1 D. ad SCtum Trebell.), weil ja der Erbe mit seinem Viertel gedeckt ist.

durch den Inhalt des fr. 90 D. eod.[76]). Hier heißt es: wenn ein Universalerbe die Erbschaft gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme (die im vorliegenden Falle nicht das Viertel seiner Erbschaft übersteigen kann) dem A. restituiren soll und er bei der Restitution die Trebellianische Quart — gegen den Willen des Testators — abzieht, so darf er nachher nicht noch die Geldsumme in Anspruch nehmen, weil deren Werth schon in der abgezogenen Trebellianischen Quart steckt; er wird mit der **doli exceptio** zurückgewiesen[77]).

Endlich liefert den sehr deutlichen Beweis, daß prälegirtes Geld ganz in die Quart einzurechnen sei, die richtige Interpretation[78]) des **fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum.** Papinian beginnt hier mit folgenden Worten: **Acceptis centum**[79])

Dem Resultate nach dieselbe Erklärung gibt *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 71: inducere heredem, ut ex Trebelliano restituat potius, quam ex Pegasiano. Die Basilikenscholien zu lib. 41 tit. 1 l. 92 schließen die Erklärung dieser Stelle mit den Worten: velut ex Trebelliano restituit.

76) Si heres, cuius fidei commissum est, ut accepta certa pecunia hereditatem restituat, a voluntate eius, qui testamentum fecit, discedit, et postea legis Falcidiae beneficio uti volet, etsi non detur ei, quo accepto hereditatem restituere rogatus est, tamen fideicommissum restituere cogi debet, quoniam quod ei paterfamiliae dari voluit, legis Falcidiae commodum praestat. *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 75 hat dieß Fragment gut interpretirt.

77) arg. fr. 75 D. ad legem Falcidiam: deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti malit. *Donellus* Comm. iur. civ. 8, 26; *Nieto* Tractatus cap. 4 § 9.

78) Eine solche gibt **Westphal** Von Verm. u. Fideikomm. S. 1261.

79) Weil hinter diesem centum noch ein zweites centum (freilich in Klammern eingeschlossen) in der Florentina sich findet, so ist dieser Zusatz, obgleich er sinnlos ist, wegen des Ansehens dieser Handschrift in sehr vielen, selbst in den neuesten Ausgaben beibehalten. Die Basiliken lib. 35 tit. 11 l. 55 § 3 haben in der entsprechenden Stelle centum nur einmal.

Digitized by Google

hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam iure Falcidiae percipere videtur, et ita Divi Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset. Papinian setzt also eine Erbschaft voraus, die etwa 400 werth ist; der Universalerbe soll diese Erbschaft restituiren und 100 dafür haben. Diese besitzt er, sagt Papinian, iure Falcidiae, d. h. sowohl[80]: der Erbe muß diese Summe auf seine (Pegasianische) Quart einrechnen, als auch[81]: es befindet sich diese Summe hereditario iure in den Händen des restituirenden Erben. Keinen Unterschied macht es, ob ein Universalerbe seine ganze Erbschaft einem Fremden, oder ob ein Miterbe seinem Miterben den Erbtheil restituiren soll. Denn Papinian fährt in diesem Fragmente so fort: Quod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur; d. h. wenn Jemand die ihm hinterlassene Hälfte der Erbschaft (200 werth) seinem Miterben restituiren und 100 empfangen soll, so muß er diese 100 ebenfalls als ganz aus seiner Erbschaft retinirt ansehn[82]; und darf nicht noch außerdem 50 als Trebellianische Quart retiniren. Wenn aber, so schließt Papinian seine Betrachtung, der auf die Hälfte der Erbschaft[83]) eingesetzte Fiduciar seinen 200

80) So v. *d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 94.

81) So *Cuiacius* Comm. in lib. 9 resp. Papin. ad fr. 58 § 3 cit.

82) Gegen die Behauptung des Bartolus, daß in diesem Falle das Geld e communi, also zum Theil aus der eigenen Erbportion hereditario iure, zum Theil aus der des Miterben legati iure erworben werde, also auch nur theilweise in die Quart eingerechnet werden soll, hat sich schon *I. Fr. de Ripa* super secundam Infortiati partem ad leg. Falcid. super l. in quartam nr. 52 erklärt.

83) Papinian kann in diesem Theile seiner Ausführung, wie schon Hugolinus in der Glosse annimmt, nur einen Theilerben vorausgesetzt haben.

werthen Antheil seinen Miterben restituiren und Grundstücke behalten soll, die 100 werth sind, hat er diese ganz hereditario iure? und muß er sie ganz in sein Viertel einrechnen? Diese Fragen verneint Papinian mit den Worten: **Diversa causa est praediorum pro hereditaria parte retentorum; quippe pecunia omnis de portione retineri potest**[84]); **praediorum autem alia portio non nisi a coherede, qui dominium habet, accipitur.** Denn nur die Hälfte der Grundstücke, 50 werth, hat er **heredis iure**, die andere Hälfte bekommt er **extra quartam legati iure.** Aber da jene eine Hälfte schon das Viertel seiner Erbportion beträgt, so kann er außerdem Nichts mehr unter dem Namen der Trebellianischen Quart retiniren. Gesetzt aber, die Grundstücke hätten nur einen Gesammtwerth von 50, so würde der Fiduciar 25 davon **hereditario iure** haben. Unter dieser Voraussetzung behauptet aber Sintenis[85]) mit der Glosse zu diesem Fragmente, der Fiduciar dürfe noch 25 seinem Miterben abziehn, um 50 **iure heredis** zu haben, und 25 bekomme er noch obenein vom Prälegate **iure legati**, so daß er jetzt im Ganzen 75 habe, also besser gestellt sei, als wenn er 50 in Gelde retiniren solle. Dieser an sich richtigen Behauptung können wir jedoch in dem vorliegenden speciellen Falle nicht unsere Zustimmung geben. Der Fiduciar kann jene 25 zur Ergänzung seiner Quart nicht mit Erfolg dem Miterben abziehn, von dem er ja eben so viel **iure legati** zu bekommen hat; denn in diesem Falle werden die 25 compensirt[86]). Sintenis hätte Recht gehabt, wenn

84) Mag diese Retention in dem einzelnen Falle faktisch angänglich sein oder nicht. Man vgl. das zehnte Capitel Note 64 und das dreizehnte Capitel Note 111 ff.

85) Das **Corpus iuris civilis** in's Deutsche übersetzt Bd. 3 S. 757 Anm. 69.

86) Man vgl. die letzten bereits oben zu Note 63 ff. erklärten

der Fideikommissar kein zu einer Gegenleistung verpflichteter Miterbe, sondern ein Fremder wäre[87]); dann allerdings stände der Fiduciar, welcher seinen Erbtheil restituiren und bestimmte Objekte retiniren soll, besser als der, welcher Geldsummen zurückbehalten darf.

Severus Alexander[88]) verbot es sich, wenn er als Erbe instituirt und gebeten war, die Erbschaft wieder herauszugeben,

Worte unseres fr. 58 § 3. Nehmen wir den Fall, daß vier Erben A., B., C. und D. auf eine Erbschaft von 400, und zwar A. auf $\frac{1}{4}$, B. auf $\frac{1}{8}$, C. und D. jeder auf $\frac{5}{16}$ instituirt sind, daß A. sein Viertel dem B. restituiren und Grundstücke retiniren soll, die 50 werth sind, so hat er $12\frac{1}{2}$ (d. h. ein Viertel der Grundstücke) iure heredis, von B. soll er $6\frac{1}{4}$ (d.h. ein Achtel der Grundstücke), endlich von C. und D. von jedem $15\frac{5}{8}$ (d. h. fünf Sechszehntel der Grundstücke) empfangen. Da nun A. nur $12\frac{1}{2}$ iure heredis hat, er aber 25 iure quartae zurückbehalten darf, so ist er auch gesonnen, dem Fideikommissar B. die noch fehlenden $12\frac{1}{2}$ abzuziehn. Allein dieser opponirt ihm, daß er zu viel fordere. Denn, so sagt B., ich zahle dem A. am Werthe der Grundstücke $6\frac{1}{4}$, die muß A. compensiren, also darf er mir nur $6\frac{1}{4}$ abziehn, und dieß Verlangen ist gerecht. Denn nun hat A. von C. und D. zusammen $31\frac{1}{4}$, von B. $6\frac{1}{4}$, von sich selbst $12\frac{1}{2}$ am Prälegate, und somit dieß vollständig. Aber außer diesen letzten $12\frac{1}{2}$, die er hereditario iure hat, behält er nur noch $6\frac{1}{2}$ hereditario iure bei der Restitution an B. zurück.

87) Auf diesen Unterschied, wer der Fideikommissar sey, hat die Glosse zu c. 24 C. fam. hercisc. v. percepit folgende Unterscheidung gebaut. In die Trebellianische Quart wird eingerechnet ein Legat, ein Fideikommiß, was von einem Fremden conditionis implendae causa gezahlt wird und was ein Miterbe leistet, wenn es ein corpus non hereditarium oder Geld ist. Besteht hingegen die Leistung des Miterben in einem Erbstücke, so wird nur dessen hereditaria pars in die Quart eingerechnet, während die Theile, welche legati iure erworben werden, extra quartam bleiben. Nicht viel weniger unrichtig ist die ähnliche Ansicht Bolley's im Tübinger juridischen Archiv 1803 S. 33 S. 50 ff., welche durch Vangerow (Leitfaden Bd. 2 S. 489) der verdienten Vergessenheit entrissen ist.

88) Von Marcian wird nur der princeps genannt, worunter an und für sich eben so gut Makrinus als Severus Alexander gemeint

die Trebellianische Quart abzuziehn, sobald ihm nur irgend ein noch so geringes Prälegat hinterlassen war. Dieses Billigkeitsgesetz legte Justinian durch die Aufnahme von fr. 30 § 4 D. ad SCtum Trebellianum [89]) sich selbst, sowie jedem Regenten

sein konnte; aber diese Liberalität paßt mehr zu der Schilderung, welche Lampridius (Vita Alexandri Severi cap. 16, 20, 21 sqq., 68) von dem Letztern gibt, als zu den Uebelthaten, welche uns Capitolinus (Vita Macrini cap. 12, 13) von Makrinus aufbewahrt hat. Auch wird Marcian ausdrücklich als Rath und Freund des Severus Alexander von Lampridius (cap. 68) genannt.

89) Marcianus libro VIII Institutionum. Si princeps sit institutus, rogatusque hereditatem restituere praecepta aliqua summa vel re, etiamsi in praeceptione minus quam quarta pars esset, non amplius (d. h. quam praeceptam summam vel rem *Voetius* Comm. ad Pand. 36, 1 § 58) Principem pati vindicaturum (se oder fiscum; *Bandoza* hat das Wort se sogar in den Text aufgenommen). Wir sind hier der Vulgata gefolgt. Aber einen ganz andern Sinn gibt die Florentinische Lesart der Anfangsworte, die Cujacius Expositio Novellae I vertheidigt: Et heres institutus rogatusque. Da dieselbe schon grammatischen Ausstellungen unterworfen war, so hat Haloander sie also umgeschaffen: Et heredem institutum rogatumque, und der Verfasser des Observationum iuris civ. Rom. liber singularis. Hagae Comitum 1743. cap. 20 dahin: et heres, si institutus rogatusque sit. Jedoch die Hauptsache ist, daß nach der Florentina, was der Vulgata gemäß nur vom Kaiser gesagt ist, auch von allen privaten Erben gelten soll, indem jeder Fiduciar, dem auch nur das Allergeringste prälegirt ist, damit zufrieden sein muß und dem Fideikommissar nicht die Quart abziehn darf, weil, wie Pothier (Pandectae 36, 1 nr. 75) diese Stelle versteht, jeder Fideikommissar darnach das Recht hatte, vom Kaiser ein Rescript zu extrahiren, welches den Fiduciar zur Restitution der Erbschaft ohne Abzug der Trebellianischen Quart zwang. Gegen einen solchen Text, der eine solche Auslegung zuläßt, spricht aber Alles. Sintenis in der Note 41 zu seiner Uebersetzung dieser Stelle hat bereits darauf aufmerksam gemacht, daß eine so bedeutende Aenderung des Rechts nicht so kurz angedeutet sein würde und daß jedes so extrahirte Rescript eine despotische Willkür enthalten haben würde; ferner steht eine solche Annahme auch mit dem unbestrittenen Inhalte des oben

auf. Eine solche kaiserliche Liberalität konnte nicht sehr auffallend erscheinen, da Marcian erzählt [89]), daß früher schon einzelne Regenten, wie Trajan, Hadrian und Caracalla sogar in dem Falle auf den Abzug der Trebellianischen Quart Verzicht geleistet, wenn ihnen gar kein Prälegat hinterlassen war, sie also gar keinen Vortheil aus der Erbschaft hatten [91]), und da eine Institution der Erbschaft ohne Abzug der Trebellianischen Quart so dem Wunsche des Testators gemäß galt, daß in diesem Verzichte auf den Vortheil des Trebellianischen Senatsbeschlusses keine Schenkung an den Fideikommissar lag [92]); selbst nicht in dem Falle, wenn die vollständige Restitution statt nach dem Tode des Fiduciars, wie der Testator vorgeschrieben hatte, schon von dem lebenden Fiduciar vollzogen

(zu Note 76) erklärten fr. 90 D. ad legem Falcidiam im Widerspruch, wo ein mit Severus Alexander gleichzeitiger Jurist die Wahl dem Fiduciar zwischen dem Prälegat und der Quart läßt; und wollte man einwenden, dieß fr. 90 könne vor dem Erlaß der in fr. 30 § 4 erwähnten Verordnung geschrieben sein, so ist endlich ganz entscheidend gegen die Aufnahme der Florentinischen Leseart die c. 11 C. ad legem Falcidiam (ihre Worte im fünften Capitel Note 54), indem darin sich ein nach Alexanders Tode erlassenes Reskript von Gordian dem Dritten findet, worin sogar einem Erben, welchem der Erblasser ausdrücklich befohlen hat, statt des Viertels mit bestimmten Sachen zufrieden zu sein, der Abzug des Viertels auf seinen Wunsch nicht vorenthalten wird. Alles dieß hat Burchardi System und Geschichte des Röm. Privatrechts § 388 Note 119 S. 1290 übersehn.

90) fr. 30 § 5 D. ad SCtum Trebellianum. Sed et si sine ulla praeceptione rogatus fuerit hereditatem restituere, plerumque quarta donata est a Principibus; et ita Divus Traianus et Hadrianus et Antoninus rescripserunt.

91) *Gregorius Tholosanus* Syntagma iuris universi lib. 42 cap. 31 § 11.

92) fr. 5 § 15 De donat. inter virum (die Worte im achtzehnten Capitel Note 92). Bei einer aus faktischem Irrthume geschehenen Leistung fand indebiti condictio Statt fr. 68 § 1 D. ad SCtum

wurde [92]) und möglicherweise dadurch den Creditoren des Fiduciats ein passendes Mittel zur Befriedigung ihrer Forderungen gegen denselben entzogen wurde [94]).

Zum Schlusse bleibt noch der schon bei Gelegenheit des Einflusses der lex Falcidia erwähnte Fall zu betrachten übrig, daß sich zwei Miterben gegenüberstehn, von denen der Eine auf den Abzug der Falcidischen Quart und der Andere auf den Abzug der Trebellianischen Quart provocirt. In einem solchen Falle wird, soweit die Höhe der gegenseitigen Abzüge zusammentrifft, Compensation eintreten [95]). Dieß zeigt sich nur in dem Falle von praktischer Wichtigkeit, wenn das Prälegat weniger als der zu restituirende Erbtheil, aber mehr als dessen Quart beträgt [96]). Als Beispiel kann folgender Fall dienen: A., B. und C. sind auf ein, zwei und drei Sechstel instituirt, das Vermögen beträgt 600, das dem A. hinterlassene Prälegat 72 und A. soll seinen Erbtheil dem C. restituiren. Jetzt sagt A.: ich habe das Recht, die Trebellianische Quart abzuziehn, ich behalte deshalb bei der Restitution an C. 25 zurück, worin aber schon ein Sechstel meines Prälegates steckt, be-

---

Trebell. 36, 1; *Athanasius Oteyza* et *Olano* Paralipomena et Electa iur. civ. lib. 4 cap. 6 in *Meermanni* Thes. T. I p. 557; Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen Bd. 1 S. 349, 358; Schilling Lehrbuch für Institutionen § 352 Nr. 10.

93) c. 12 C. de fideicomm. 6, 42.

94) fr. 19, fr. 20 De his quae in fraudem 42, 8.

95) *Hilliger* ad Donellum Comm. 7. 30. Notatum F. läßt gegen Donell's Ansicht die Compensation zu, welche *Cuiacius* Obss. 8, 4 vertheidigt.

96) In dem Falle, daß das Prälegat mehr beträgt, als der sogleich oder unter einer Bedingung von dem Prälegatar zu restituirende Erbtheil, wird nicht die Trebellianische Quart, sondern das Prälegat zur Compensation mit der Falcidischen Quart gestellt. Von diesem Falle handelt der Schluß des fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. S. oben zu Note 63 ff.

komme **extra quartam** sowohl von B. 24 (zwei Sechstel des Prälegates) als von C. 36 (drei Sechstel des Prälegates), habe also 85, was 13 mehr beträgt, als wenn ich einzig mit dem Prälegate mich begnügt hätte. Gegen diese Rechnung wendet nun zwar C. ein: an mich sind so viele Legatarien gewiesen, daß, wenn ich dem A. noch 36 zahlen soll, ich in meiner Quart verletzt bin; daher muß sich A. einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen, der so festzustellen ist. Mein Erbtheil beträgt 300, die Forderungen der simpeln Legatarien gegen mich 288, die Forderung des Miterben A. mit 36 dazu gibt eine Belastung von 324, so daß ich bei vollständiger Auszahlung aller dieser Vermächtnisse noch 24 aus meinem Vermögen zuschießen müßte, statt 75 zurückbehalten zu können; indem ich daher auf die Falcidische Quart Anspruch mache, darf ich 99, und zwar dem A. 11, den übrigen Legatarien 88 abziehn. Während nun aber die Letztern gegen dieß Verfahren Nichts mit Erfolg einwenden können, erinnert der A. mit Recht, daß er dem C. 75 zahle, dieser also vollkommen in seiner Quart durch ihn gedeckt sei; er aber, falls C. ihm das Prälegat von seiner Portion nicht vollständig leiste, im Wege der Compensation einen gleichen Betrag, ebenfalls 11, zurückbehalten werde.

Digitized by Google

Zwanzigstes Capitel.

Das Erlöschen des Prälegates.

Es wäre möglich, die Fälle, in welchen das angeordnete Prälegat nicht zu Stande kommt, in eine der folgenden systematischen Uebersichten zu bringen, entweder darnach gesondert, ob die Aufhebung **ipso iure** oder **per exceptionem** erfolgt, oder in solche Fälle des Erlöschens, welche das Prälegat eigenthümlich, und solche, die es mit den simpeln Vermächtnissen gemein hat oder in Fälle der gleich anfänglichen Richtigkeit im Gegensatze der erst später eintretenden Ungiltigkeit oder in solche Fälle, in denen es ganz und in denen es nur theilweise verloren geht, oder endlich nach dem Theilungsprinzipe, ob dieß Erlöschen zufällig, oder durch den Testator, oder durch eine Handlung des Belasteten, oder durch den Berechtigten herbeigeführt wird, und im letzten Falle noch mit der weitern Unterscheidung, ob der Wille des Prälegatars diese Aufhebung direkt bezweckte oder nicht. Hieran hätten sich die Fälle der Conversion anschließen können, die doppelter Natur sind: entweder daß ein simpel angeordnetes Legat sich in ein Prälegat umwandelt oder, was häufiger geschieht und allein hierher gehören würde, daß ein als Prälegat angeordnetes Vermächtniß als simples Legat aufrecht erhalten wird. Von diesen verschiedenen Tabellen haben wir keine streng befolgt, indem die genaue Durchführung eines solchen Schema, namentlich die Trennung des eigentlichen Erlöschens und der Conversion, eine Reihe

Digitized by Google

von durchaus gleichartigen Fällen zerrissen haben würde. Darum ist es vorgezogen, die Erlöschungsarten hier so zu ordnen, daß zuerst diejenigen ihre Darstellung finden, wo die Ungiltigkeit oder die Conversion durch den freien Entschluß des Prälegatars herbeigeführt wird, und daß hieran diejenigen Fälle angereiht werden, in welchen der Prälegatar nicht erwerben kann, sei es, daß die Ursache davon in ihm, oder in der legirten Sache, oder in andern Umständen, oder in dem Testator liegt, namentlich wenn dieser seine Anordnung des Prälegates ganz oder theilweise widerrufen hat.

Ehe die oben bezeichnete Auseinandersetzung erfolgt, müssen einige in den Quellen sich findende Rechtsfälle betrachtet werden, bei denen Zweifel erregt war, ob das Prälegat fortbestehn könne, in welchen jedoch aus Billigkeitsrücksichten, oder aus wahren Rechtsgründen, oder aus beiden zugleich für die Aufrechthaltung eines Prälegates entschieden ist.

Aus Billigkeitsrücksichten ist in folgendem singulären [1]) Falle ein Prälegat aufrecht erhalten. Ein Prälegatar, der in die Bergwerke verurtheilt ist, verliert dadurch das Recht auf jedes Prälegat, indem alles ihm Hinterlassene pro non scripto gilt [2]), nur mit Ausnahme der prälegirten Alimente [3]). Aller-

1) Wir können daher nicht der Ansicht Höpfner's Commentar § 558 beitreten, wornach das Alimentenvermächtniß jeder nicht erbfähigen Person giltig hinterlassen werden kann. Höchstens möchten wir das im Texte Gesagte wegen fr. 16 De interd. et releg. 48, 22 noch bei Deportirten behaupten. Vgl. das siebente Capitel Note 19 ff.

2) fr. 3 pr. De his quae pro non scripto 34, 8. Si quid extra causam alimentorum relictum est, pro non scripto est. fr. 17 pr. De poenis 48, 19.

3) fr. 11 De alimentis 34, 1. Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est. Respondi, eum et praecedentium annorum (dieß sind nach Savigny's richtiger Interpretation im Systeme Bd. 2 S. 107

dings kann hier die Frage entstehn, ob sie ihm ganz bleiben oder nur zu den Theilen, die er legati iure erworben hätte; doch müssen wir uns für die erste Alternative entscheiden. Denn da die ihm hinterlassene Erbportion pro non scripto gilt, so kann man in der That ihn gar nicht als Prälegatar, sondern nur als simpeln Vermächtnißnehmer betrachten[4]).

Hieran können wir folgenden Fall anschließen. Ein Prälegatar, welcher dem Erblasser versprochen hat, seinen Erbtheil[5]) einem zu diesem Erwerbe Unfähigen[6]) zu restituiren, kann das Prälegat legati iure und zwar ganz behalten oder einfordern[7]). Dieß wird ausdrücklich durch folgende Worte

---

Note d die Jahre während, nicht die vor der Verurtheilung) recte cepisse alimenta, et sequentium deberi ei. Vgl. fr. 10 De capitis minutione 4, 5.

4) Nirgends finden wir es ausdrücklich hervorgehoben, daß von einer Einforderung dieses Vermächtnisses während der Strafzeit auf gerichtlichem Wege gar nicht die Rede sein kann, weil dem Verurtheilten durch die erlittene magna capitis diminutio die Fähigkeit, vor Gericht aufzutreten, entzogen ist, fr. 28 § 6 De poenis 48, 19. Nur wenn es ihm freiwillig geleistet wird, darf er das Vermächtniß annehmen; recte cepisse alimenta hieß es im fr. 11 cit. De alimento; ebenso im fr. 16 De interd. et relig. 48, 22: relicta capere liceat.

5) Nicht auch sein Prälegat. *Pothier* Pandectae lib. 30...32, nr. 397.

6) *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 17 § ult. fr. 18 setzt hier ein Concubinenkind voraus.

7) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32: omissa vel erepta hereditate a fisco praelegatum totum non capit diverso iure, sed uno eodemque iure, nempe legati, quia cessat ratio (so auch *Schulting* in *Smallenburg* Notae ad l. 18 § 2 De his quae ut indignis), quae varietatem iuris inducebat, et ita praelegatum non a semetipso, sed a coheredibus accepit, et voluntati testatoris nihil tunc est impedimento, qui voluit totum praelegatum capi iure legati.

Papinians [8]) bewiesen: pro parte heres institutus praedii legatum acceperat, et in hereditate non capienti restituendi tacitum [9]) ministerium susceperat [10]); quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi: neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis [11]). Wenn nun gleich diese Entscheidung ganz klar

---

8) fr. 18 § 2 De his quae ut indignis 34, 9; vgl. fr. 12 eod. (die Worte unten Note 126).

9) Der Basilikenscholiast zu dieser Stelle lib. 60 tit. 42 l. 18) erklärt dieß ταxίτως durch si non testamento vel codicillis sed privata cautione vel chirographo promisero (restituere hereditatem incapaci), wobei er möglicherweise an die im fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14 vorkommende cautio gedacht haben mag; allein daß hier tacite so viel als in fraudem iuris bedeute, zeigen *Brissonius* de Verb. Signif. v. tacitus § 2, *Dirksen* Manuale v. tacitus § 3 und Heumann Handlexikon v. tacitus § 2.

10) *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 2 § 2 will in diesem Falle die Anordnung eines Prälegates leugnen. Daß er darin nicht unter allen Umständen Recht hat, ist im fünften Capitel Note 55 ff. gezeigt.

11) *Hertius* Diss. de praelegatis § 22 will statt neque aeque lesen. Denn weil nach geschehener Repudiation der Erbschaft der Erbe doch das Prälegat erwerbe, so scheine die ratio iuris, welche auf eine divisio voluntatis hindeuten könne, daß nemlich die Erbschaft hereditario iure, das Legat legati iure erworben wird und der dadurch herbeigeführte diversus possidendi modus zusammen dahin zu wirken, daß nach des Testators Willen Erbschaft und Prälegat getrennt erscheinen. Richtiger erklärt *Cuiacius* Comm. in lib. 15 resp. Papin. zu dieser Stelle die ratio iuris dahin, daß das Prälegat, wenn es als solches zur Ausführung kommt, auf den Betrag der Erbportion ungiltig ist; ferner die possessionis varietas dahin, daß der von dem Prälegatar als Erben selbst hinterlassene Theil des Prälegates iure heredis, die übrigen Theile iure legati besessen werden; endlich die voluntas dahin, daß das Prälegat in seinem ganzen Umfange von dem Honorirten behalten werde.

vorliegt, so ist dieß weniger der Fall mit den Gründen derselben Entscheidung. Wir lesen nemlich im fr. 3 § 4 De iure fisci: cum ex causa taciti fideicommissi bona ad fiscum pertinent, omnia, quae in testamento utiliter data sunt, valent. Nun aber ist ja der auf der zu restituirenden Erbportion haftende Theil des Prälegats inutiliter datum [12]); wie kann also auch dieser Theil dem Legatar gebühren? Zasius meint, der Prälegatar wäre in diesem Falle nur ein Scheinerbe [13]) und der unfähige Fideikommissar der eigentliche Erbe gewesen, weshalb der Antritt jenes Erben nur wirkungslos sein, namentlich nicht den von seinem Erbtheile zu entrichtenden Theil des Prälegates confundiren konnte. Allein diese Ansicht ist nicht bloß im Allgemeinen zu verwerfen [14]), da ja z. B., wenn der Unfähige vor dem Erblasser gestorben wäre, der Fiduciar die Erbschaft unstreitig für sich behalten hätte, so daß schon aus diesem Grunde Zasius in ihm den wahren Erben erkennen müßte, sondern auch insbesondere sagt ja Papinian in der vorliegenden Stelle ausdrücklich, daß der Prälegatar portionem istam pro herede possideret. Er setzt aber auch gleich hinzu, daß trotz des Vorhandenseins dieser Verschiedenheit in den Besitztiteln dieselbe doch nicht im Stande sei, den eigentlichen Willen des Testators, wornach der Legatar das ganze Prälegat iure legati besitzen sollte, auf gleiche Weise zu theilen [15]). Es scheint die Stellung des hier behandelten Falles zur Lehre von der Indignität weniger gerecht-

12) Vgl. das sechste Capitel Note 81 ff.

13) *Zasius* Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 17 § ult. fr. 18: larvatus, personatus heres . . . quia rem non videtur habere fr. 83 De adq. vel omitt. hered. 29, 2.

14) Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur fr. 43 § 3 De vulg. et pup. subst. 28, 6.

15) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 58.

fertigt zu sein, als zu der Lehre von der Restitution des Prälegates. Denn angetreten war in diesem Falle die Erbschaft[16]), und wir haben oben[17]) gesehn, daß es darauf ankomme, ob der Erbe gebeten ist, seine hereditas oder seine portio zu restituiren. Im ersten Falle bleibt ihm sein Prälegatstheil zurück, im zweiten Falle muß er denselben an den Fideikommissar herausgeben. In unserm, dem fr. 18 § 2 zu Grunde gelegten Falle, ist die Restitution der hereditas dem Erblegatar vorgeschrieben und von demselben auch angenommen; denn es heißt ausdrücklich in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat. Er hatte also, was das Prälegat betrifft, durchaus Nichts zu restituiren versprochen, also in Beziehung auf dasselbe Nichts in fraudem legis gethan, so daß also auch der Fiskus auf Nichts mehr Anspruch machen konnte[18]), als worauf jener Unfähige nach dem Wunsche des Erblassers berechtigt werden sollte.

Es ist zur Genüge bekannt[19]), daß zwar nicht Erben, wohl aber Vermächtnißnehmer giltige Zeugen bei einem Testamente sein können. Ist daher der Prälegatar einer der sieben Zeugen gewesen und das Testament könnte wegen dieses ungiltigen Zeugen nicht als Testament, jedoch wegen der hinzugefügten Codicillarclausel als Codicill bestehn, so würde der Letztere nun nicht bloß sein Erbrecht als Universalfideikommissar, sondern auch das Objekt des Prälegates, das letztere freilich nur als simples Vermächtniß, in Anspruch nehmen können[20]).

---

16) So auch *Voorda* Interpret. et Observat. cap. 27.

17) Das achtzehnte Capitel Note 26 ff.

18) *Averanii* Interprett. lib. V tit. 11 § 10.

19) § 10, § 10 I. de testam. ordin. 2, 10.

20) fr. 41 § 14 De legatis III. 32. Die Worte im fünften Capitel Note 93.

Noch einen hierher gehörigen Fall theilt Paulus im fr. 27 § 1 De legatis III [21]) mit. Pompejus Hermippus hatte im Testamente seinen Sohn auf drei Viertel, seine Tochter Titiana auf ein Viertel zu Erben eingesetzt und beiden Kindern Grundstücke prälegirt. Außerdem hatte er befehlsweise angeordnet, es solle für den Fall, daß der Sohn kinderlos stürbe, noch eins von den dem Sohne hinterlassenen Grundstücken der Tochter verabreicht werden. Später errichtet der Erblasser ein Codicill, worin er noch andere [22]) Grundstücke der Tochter hin-

21) Pompeius Hermippus filium Hermippum ex dodrante, filiam Titianam ex quadrante heredes instituerat, et praedia certa singulis praelegaverat; praeterea, si sine liberis Hermippus moreretur, aliam possessionem filiae dari iusserat; post testamentum factis codicillis filiae certa praedia dederat, eamque his contentam esse voluit pro omni hereditate (ähnlich lauten die Worte des Kaisers Antoninus in c. 2 C. de iure dotium 5, 12: contentam esse voluisse filiam suam pro portione hereditatis praelegationibus), et his, quae in testamento reliquerat; Hermippi bona ad fiscum pervenerant, Titiana soror fideicommissum (hier ist troß des iussus kein Legat vorhanden, weil erst der Erbe des Erben die Pflicht der Eigenthumsübertragung auf die Titiana hatte) petebat; quaerebatur, utrum pro hereditate tantum, an et pro his, quae post mortem frater rogatus erat restituere, pater eam voluisset accipere ea, quae codicillis reliquerat. Mihi ab omni voluntate recessum videbatur; placuit, humanius interpretari, ea sola, quae vivento fratre acceptura erat, adempta videri, non etiam ea, quae post mortem eius reliquerat, si sine liberis decederet; et ita pronuntiavit.

22) Wir müssen annehmen, daß diese im Codicille hinterlassenen certa praedia von den zuerst genannten im Testamente hinterlassenen certa praedia verschieden sind, somit die Ademtion der im Testamente der Tochter hinterlassenen Prälegate leugnen, sonst hätte der zweite Theil der im Codicille ausgesprochenen Disposition his contentam esse voluit pro (omni hereditate et) his quae in testamento reliquerat gar keine Bedeutung gehabt, was doch nicht füglich angenommen werden kann, auch würde hier der Ausdruck dederat (certa praedia) zum bloßen Lassen der anfänglich legirten Grundstücke nicht passen.

Digitized by Google

terläßt und den Wunsch ausspricht [23]), daß sie damit für ihr ganzes Erbrecht und für das, was er ihr im Testamente hinterlassen habe, sich für abgefunden halten sollte. Der Vater stirbt; die Tochter ist mit den zuletzt hinterlassenen Grundstücken zufrieden; der Sohn, der als alleiniger Erbe angetreten hat, begeht ein Verbrechen, in Folge dessen sein Vermögen vom Fiskus eingezogen wurde [24]), und zuletzt stirbt er ohne Kinder. Jetzt verlangt die Titiana vom Fiskus das ihr unter solcher Bedingung vom Vater zugesicherte Fideikommiß. Der Prozeß hierüber wurde im geheimen Kabinet verhandelt. Paulus wollte die Klägerin zurückweisen, weil im Testamente ihr Alles, was im Testamente ihr hinterlassen, genommen war [25]). Doch siegten Rücksichten der Humanität [26]), indem ausgeführt wurde, da der Testator die Zurücknahme alles der Tochter Hinterlassenen gewiß nur zu Gunsten des Sohnes ausgesprochen habe, so könne sich dieselbe auch nur auf die testamentarischen Bestimmungen beziehn, welche bei Lebzeiten

---

23) Daß der Ausdruck voluit nur eine Bitte enthalten kann, geht ja daraus hervor, daß im Codicille kein Erbrecht direkt entzogen werden darf § 2 I. de codicillis 2, 25; fr. 76 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; c. 2 C. de codicillis 6, 36. Auch wird später von Paulus selbst diese Verordnung ein Fideikommiß genannt.

24) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 27 § Pompeius läßt den Sohn wegen seines Verbrechens hingerichtet werden.

25) Westphal von Vermächtn. und Fideikomm. S. 988.

26) placuit humanius interpretari. Deshalb ist auch aus dieser Stelle nicht mit *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 32 ad l. 27 § 1 die allgemeine Regel zu abstrahiren, daß, wenn ein Testator im Codicille gesagt hat, der Legatar solle mit diesem Vermächtnisse zufrieden sein für alles im Testamente ihm Hinterlassene, die Präsumtion gelte, daß der Testator nicht alle Legate, sondern nur die, welche derselben Gattung sind, also die pura ihm habe nehmen wollen, weshalb die erst post mortem oder unter einer Bedingung hinterlassenen Legate nicht als genommen gelten könnten.

Digitized by Google

des Sohnes gelten sollten, nicht aber auf die erst nach seinem Tode zur Geltung kommenden Verfügungen zu Gunsten der Tochter; sie habe der Testator unstreitig dem Fiskus vorziehn wollen. Daher erkannte der Kaiser, es müsse der Fiskus der Titiana die Besitzung herausgeben, welche ihr im Testamente nach des Bruders kinderlosem Tode zugesichert war. Jedoch auch nach dieser der Tochter günstigen Entscheidung kann sie nicht als Prälegatarin gelten, sondern sie kann nur als simple Vermächtnißnehmerin angesehn werden, da sie, zufrieden mit der allerdings im Codicille ungiltig geschehenen Enterbung, sich nur als Legatarin, nicht als Erbin, dem Willen des Erblassers gemäß betragen, also eben so gut ihr testamentarisches als ihr Intestat-Erbrecht aufgegeben hatte.

Endlich sprechen Recht und Billigkeit zusammen in der Entscheidung des folgenden Falles. Ein Vater, so schreibt Scävola [27]), prälegirt einem seiner Kinder unter Anderm Alles, was er demselben gegeben, geschenkt, zum Gebrauche überlassen, was es sich selbst verdient, was es von Andern bei Lebzeiten oder letztwillig erhalten hat. Der Testator hatte schon vor Errichtung des Testamentes für eben dasselbe Kind

27) Lucius Titius testamento ita cavit: si quid cuique liberorum meorum dedi, aut donavi, aut in usum concessi, aut sibi acquisiit, aut ei ab aliquo datum, aut relictum est, id sibi praecipiat, sumat, habeat; — filii nomine kalendarium fecerat; postea sententia dicta est, et placuit, id, quod sub nomine ipsius filii in kalendario remanserat, ei deberi, non etiam id, quod exactum in rationes suas pater convertisset; quaero, si id, quod exegisset pater ex nominibus filii ante testamentum factum, iterum post testamentum factum in nomen filii convertisset, an ad filium secundum sententiam pertineret. Respondi, id, quod ex eadem causa exactum in eandem causam rediisset, deberi. Die Glosse will in diesem fr. 88 pr. De legatis II. 31 den Fall eines prälegirten peculium finden; wenigstens zu des Scävola Zeit konnte es entschieden nicht als solches gelten.

ein Verzeichniß seiner ausstehenden Capitalien verfertigt. Bei Gelegenheit der Erbtheilungsklage ergieng nun der Bescheid, daß die Posten, welche auf den Namen des Kindes in jenem Verzeichnisse ausstehend geblieben waren, zu dem Prälegate gehörten (ei deberi), nicht aber solche Posten, die der Vater eingetrieben und für seine eigene Rechnung verwendet hatte. In Bezug auf dieses Urtheil wurde noch folgende Frage aufgestellt: wenn der Testator vor der Errichtung seines letzten Willens Forderungen jenes Kindes eingetrieben und das empfangene Geld nach errichtetem Testamente wieder in des Sohnes Namen ausgethan hatte, ob dieß auch dem Prälegatar nach jenem Erkenntnisse gebühre? eine Frage, welche von Scävola unbedenklich bejaht wurde. Jedoch können wir dem Bescheide des Erbtheilungsrichters noch folgende Modifikation hinzufügen. Sollte bei ehemaligen Schuldposten des Kindes, welche sich beim Tode des Erblassers in dessen Rechnungsbüchern eingetragen finden, dem Kinde der Beweis gelingen, der Vater habe diese Umschreibung nicht adimendi animo vollführt, sondern er habe nur vorläufig das eingegangene Capital in seine Kasse gethan oder auf sein eigenes Conto geschrieben, aber beabsichtigt, sobald eine passende Gelegenheit zum Ausborgen des Capitals für das Kind sich finden würde, dieß im Namen des Kindes zu thun, so ist nicht minder dieß Capital auch als zum Prälegate gehörig zu betrachten [28]).

Regel ist es, daß, wenn ein Erbe, der zugleich Prälegatar ist, die Erbschaft aus genügenden, nicht unlautern Grün-

---

28) arg. fr. 31 § 3 De adimendis 34, 4; fr. 64 De legatis III. 32. Nicht genügend ist es, wenn Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 271 sagt: es fragt sich allein, was der Erblasser mit dem eingegangenen Gelde vornahm. Denn wir müssen hinzusetzen: oder was er erweislich vornehmen wollte. S. unten Note 304 bis 311 die Erklärung von fr. 23 De adimendis 34, 4.

den [29]) ausschlägt [30]), ihm sein Prälegat [31]), freilich jetzt als simples Legat [32]), ganz [33]) bleibt [34]), gleichviel ob der Erbe an die ganze Erbschaft oder nur an seine Miterben gewiesen ist [35]). Als solche genügende Gründe sehn die Römischen Juristen z. B. [36]) die Besorgniß vor lästigen Prozessen [37])

29) qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari fr. 87 De legatis I. 30; fr. 22 § 2 .... iustam causam habuisse, propter quam nollet negotiis hereditariis implicari D. si quis omissa 29, 4. v. Zeiller Commentar über das bürgerliche Gesetzbuch der östreichischen Monarchie Bd. 2 Abtheil. 2 S. 582: aus Zartgefühl gegen die gesetzlichen Erben.

30) Cum hereditati matris filia renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicari visum est c. 12 C. de legatis 6, 37; *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 28; Curtius Handbuch des in Chursachsen geltenden Civilrechts Th. 2 § 749. Leipzig 1807.

31) *Petri Rebuffi* Repetitiones variae. Lugduni 1583 fol. p. 21 nr. 12; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 264: im Zweifel soll angenommen werden, der Testator habe demjenigen, der nicht seiner guten Gesinnung sich unwürdig gemacht, die eine Wohlthat nicht entziehn wollen, weil derselbe auf die andere verzichtet.

32) Responsa *Lynckeriana* Vol. II Resp. 31 § 12; Thibaut Pandekten. Neunte Ausgabe § 918.

33) *Simon van Leeuwen* Censura forensis lib. 3 cap. 8 de legatis nr. 11.

34) *Duarenus* ad fr. 18 De legatis I Opera p. 1157: benigna interpretatione hoc admitti propter voluntatem testatoris neglecta subtilitate; p. 1158: benigna interpretatione intelligitur nunquam institutus esse qui omisit.

35) *Nieto* de praelegatis cap. 1 § 25, 26.

36) Am Ende des fr. 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 ist eine Reihe solcher subjektiver Gründe zusammengestellt. *Donellus* Comm. iuris civilis 7, 22 bringt sie auf vier zurück: incommodum personae, damnum pecuniae praestandae, lucri delati cessatio und aeris alieni onus. Als lauterer Grund wird es im fr. 4, fr. 18 De legatis praestandis 37, 5 angesehn, wenn der Erbe weiß, es werde ein präterirtes Kind mit Erfolg die contra tabulas bonorum possessio anstellen oder habe sie schon angestellt. S. unten Note 196.

37) *Iason Maynus* Commentaria in secundam Infortiati partem in tit. de legatis I ad § si uni nr. 4.

an [38]). Papinian [39]) rechnet dahin auch die Furcht vor einer insolventen Erbschaft; und obwohl es scheinen könnte, daß Justinians Ansicht mit dieser Meinung nicht übereinstimmte, da seine Fürsorge durch Einführung der Rechtswohlthat des Inventars eine solche Besorgniß der Erben überflüssig gemacht [40]), so hat er doch nichtsdestoweniger durch die Aufnahme jener Ansicht Papinians dieselbe gebilligt, und nur diejenigen Erben sollen gestraft werden, welche antreten, ohne ein Inventar zu errichten.

Eben hierher muß man auch den Fall zählen, wenn die sofortige Antretung der Erbschaft dem Honorirten keinen reellen Vortheil gewähren würde, wohl aber die dereinstige Einforde-

38) fr. 4 § 11 De doli mali except. 44, 4. Si quis ex uncia heres sit scriptus, ex qua ducenta consequi potuit, deinde propter hoc, ne molestiis hereditariis implicaretur (diese letzten vier Worte stehn in den Ausgaben erst eine Zeile weiter hinter dem Worte praetulit, wodurch aber das vorstehende hoc bedeutungslos wird. Denn deshalb, daß die Erbschaft zweihundert werth war, verschmähte ja der Erbe dieselbe nicht, sondern darum zog er derselben das nur die Hälfte betragende Legat vor, damit er nicht die Bemühungen eines Erben übernehmen durfte. Wenigstens ist es besser, wenn man auch jene Worte nicht versetzen will, ein Komma zwischen hoc und legatum mit Baudoza zu setzen, als wie es in den neuesten Ausgaben der Fall ist, diese beiden Worte durch gar kein Unterscheidungszeichen zu trennen) legatum, in quo centum erant, praetulit, an, si legatum petat, exceptione doli mali summoveatur? Et ait Iulianus, non esse eum summovendum. *Zasius* in Digestum novum zu dieser Stelle meint unrichtig, der Testator habe unter der Alternative testirt, daß der Honorirte entweder das Zwölftel der Erbschaft oder das Legat annehme.

39) fr. 90 pr. De legatis I. 30 (die Worte im eilften Capitel Note 51). Es wird das Ausschlagen der Erbschaft in diesem Falle als eine providentia heredis bezeichnet.

40) c. 22 § 4 C. de iure deliberandi 6, 30: si praefatam observationem inventarii solidaverint, hereditatem sine periculo habeant.

rung des Vermächtnisses. Dieß beweist Scävola im fr. 16 De auro [41]). Eine Ehefrau setzt ihre Tochter, die noch in der Gewalt ihres Vaters steht, zur Erbin ein, substituirt ihr den Vater und schreibt noch folgende Verfügung nieder: Ich bitte meinen Erben, wer es auch sein mag, daß mein Geschmeide, mein Gold und Silber nicht verkauft, sondern meiner Tochter reservirt werde [42]). Die Tochter schlägt die Erbschaft aus, der Vater tritt sie als Substitut an und stirbt ohne Testament. Die Tochter abstinirt sich von dieser Intestaterbschaft, klagt aber gegen die antretenden Intestaterben des Vaters das Fideikommiß ein und zwar mit glücklichem Erfolge, wie Scävola entscheidet, und Claudius Tryphoninus [43]) gibt folgenden Grund dafür an. Mit dem Ausdrucke: der Tochter reservirt werden, habe der Vater den Sinn verbunden: zu der Zeit, da die Tochter sui iuris geworden [44]), dürfe erst das Fideikommiß von ihr gefordert werden [45]).

---

41) Die Worte im zwölften Capitel Note 67.

42) In den angeführten Testamentsworten steht reservare, aber Claudius argumentirt aus dem Worte servare; es kann also zwischen Simplex und Compositum geschwankt werden. Für das Simplex spricht, daß, wenn wir im Testamente das Compositum setzen und also lesen: filiae meae reserventur, eine Kakophonie entstünde, servare aber auch ebensoviel als reservare bezeichnet. Vgl. Heumann Handlexikon v. servare § 4, was nicht auffallen kann, da ja oft die Composita mit den Simplicia verwechselt werden, wie cognoscere und recognoscere, scribere und rescribere. Dirksen Beiträge S. 275 ff.

43) Vgl. fr. 58 pr. De admin. et peric. 26, 7.

44) Gleichviel, ob dieß durch Emancipation oder durch den Tod des Vaters geschieht fr. 8 § 2, fr. 11 § 10 De legatis III. 32.

45) Möglich ist es, daß der Erbe den Einwand gegen ihre Klage vorschützte, daß, da die Tochter ganz allein zur Erbin instituirt gewesen, wegen der Regel heredi a semetipso inutiliter legatur das ihr hinterlassene Fideikommiß als von Anfang an, also auch bleibend

Es ist auch in dieser Beziehung ganz gleichgiltig, ob der Erbe ein Kind des Erblassers, ein **suus** oder **emancipatus** oder ein **extraneus** ist [46]). Denn ausdrücklich wird in den Quellen dem abstinirenden **suus** sein Prälegat erhalten [47]), obgleich namentlich aus Papinians Darstellung [48]) sich ergibt,

---

ungiltig hinterlassen angesehn werden mußte. Dagegen sprach aber der Erblasserin Anweisung an jeden Erben, wer es auch immer sein mochte, also auch an den Vater als Substitut, zur Reservirung des Geschmeides. Oder es konnte die Einrede geltend gemacht werden, daß einer Tochter in der Gewalt nicht unbedingt legirt werden konnte, wenn ihr Vater zum alleinigen Erben ernannt war. Ulpiani tituli XXIV § 23. (Man vgl. das fünfte Capitel Note 75 ff.) Dagegen spricht nun die Interpretation Tryphonius', daß in dem Worte servari der stillschweigende Termin liege: erst wenn die Tochter würde sui iuris geworden sein, dürfe sie das Reservirte fordern; indem die Juristen gern so interpretirten, daß dergleichen letztwillige Bestimmungen zum Effekt kommen konnten fr. 8 § 2, fr. 11 § 10 De legatis III. 32. Was nun aber auch für Einwendungen erhoben sein mögen, etwa noch die Ausschlagung der Erbschaft von Seiten der Tochter, jeder mögliche Einwand wird von Scävola zurückgewiesen, indem er sich unbedingt dafür erklärt, daß die Tochter zur Einforderung des Fideikommisses berechtigt sei.

46) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. filio pater (87) De legatis I; Puchta Pandekten § 526 Note c.

47) si abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat fr. 17 § 2 De legatis I. 30; ebenso im fr. 16 De auro 34, 2 und fr. 18 De legatis praestandis 37, 5. *Bach* De his quae imputantur in quartam § 6 Opuscula p. 453; *I. G. Schomburgk* (praes. *Breuning)* Specimen continens caput iuris controversum: an filius abstinens ab hereditate paterna possit petere praelegatum. Lips. 1768. 4. § 3 § 4; Leist die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 1 S. 281.

48) fr. 87 De legatis I. 30: Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit. Durissima est sententia existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. *Averanius* Interprett. lib. I cap. 9 § 83; *Finestres* de

daß es Juristen gegeben, welche eine entgegengesetzte Ansicht verfochten [49]). Dasselbe aber, was vom Abstiniren der Hauskinder galt, trat auch beim Rekursiren der extranei heredes [50]), sowie beim simpeln Omittiren ein [51]), und zwar wird

---

adquir. vel omitt. hered. Part. III cap. 2 § 7 ff.; *Otto* Papinianus cap. 10 § 7 p. 289.

49) Die Ansicht dieser Juristen beruhte wahrscheinlich (*Pothier* Pandectae 34, 9 nr. 20) darauf, daß der Erbe durch sein Ausschlagen der Erbschaft das Testament angreife. Allein man darf annehmen, daß der Testator Jeden zum Erben unter der Voraussetzung einsetzt, daß er ihm nütze. *Brunnemann* Comm. in Codicem 6, 37 c. 12. Wenn nun der Erbe diesen Nutzen nicht zu finden glaubt, so hat er bei dem Ausschlagen der Erbschaft mehr die Absicht, für sich zu sorgen, als gegen den Willen des Erblassers aufzutreten. Denn daß selbst die Ablehnung der Erbschaft nicht immer gegen des Testators Willen geschieht, beweist der hin und wieder vorkommende Umstand, daß der Testator seinem Erben unter der Bedingung si heres non erit Legate hinterläßt. *Nieto* cap. 1 § 15 meint, der Zweifel der Römischen Juristen liege darin, daß das Legat (nicht das Prälegat) in dem Augenblicke des Todes dem Erblegatar gebührt, in demselben Augenblicke, da der Haussohn auch schon als Erbe wegen seiner Qualität als suus heres galt und daher Creditor und zum Theil Debitor in eigener Person war; er löst sich aber im § 16 diesen Zweifel dadurch, daß der Prätor durch den Gebrauch des beneficium abstinendi den Haussohn einem repudiirenden freiwilligen Erben ganz gleichgestellt habe. Zwar retinet nomen heredis, aber er ist heres sine re. Vgl. *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad l. 87 ff. De legatis I. Ueber die Streitigkeiten neuerer Juristen hinsichtlich dieses Punktes ist zu vergleichen *Michael Grass* Receptae Sententiae Vol. II articulus: officium heredis, quaestio 4 nr. 2.

50) fr. 20 § 4 De adq. vel omit. her. 29, 2 cum se filius abstinet, idem debebit consequi iure Praetorio, quod emancipatus consequitur, qui hereditatem repudiavit. *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omit. her. § 30 in *Meerman* Thes. T. VII p. 266.

51) fr. 89 De legatis I. 30: nec emancipatus hereditate omissa legatum ab herede petere prohibetur. In dieser Stelle, sowie in der in der vorigen Note citirten ist zwar nur von emancipirten Kindern

in den diese Behauptung beweisenden Stellen die Vindikation des ganzen Prälegates verstattet [52]), nicht bloß dem Repudiirenden, sondern auch iure transmissionis seinem Erben [53]). Gegen diese Ansicht ist eingewendet, daß der Legatar, wenn er ex asse heres hätte sein sollen, gar keinen Theil, und wenn er Theilerbe hätte sein sollen, nur diejenigen Theile des Legates hätte erwerben können, welche von seinen Miterben an ihn auszuzahlen gewesen wären, da ja in jenem Falle das Prälegat gleich anfänglich gar nicht gelte, in diesem Falle aber nur auf die von den Miterben zu leistenden Theile. Diese Einwendung ist aber von Chesius [54]) damit zurückgewiesen, daß, wenn der Prälegatar die Erbschaft nicht an-

die Rede, doch nur einzig aus dem Grunde, weil Kinder am häufigsten Subjekte der Prälegate waren (vgl. das siebente Capitel Note 7). Daß aber dieser Satz von allen Arten der Erben gilt, geht aus der Darstellung Gordians in c. 12 C. de legatis 6, 37 hervor, wo dieser Kaiser ein Antwortschreiben Papinians, welches von der Ausschlagung einer mütterlichen Erbschaft sprach, ganz allgemein mit den Worten anwendet: praeceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaratur. Auch das bereits Note 38 mitgetheilte Fragment Ulpians fr. 4 § 11 De doli mali exc. 44, 4 spricht ohne alle Rücksicht auf die Person des Prälegatars. *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 cap. 4 def. 7; *Michaelis Grassi* Receptae Sententiae lib. II articulus: omissio hereditatis, quaestio X § 9.

52) fr. 91 § 2 De legatis I. 30: si heres, cui legatus fuerat, hereditatem non adiisset, solidum ab altero herede consequi potest (*Cuiacii* Obss. 14, 29), fr. 18 eod. et quidem totum legatum petere potest; vgl. oben Note 47 die Worte des fr. 17 § 2 eod. *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32 regulam constituamus, ab eo qui omisit hereditatem vel ab herede eius totum praelegatum vindicari posse. *Voorda* Interprett. cap. 27; *Francke* Diss. § 6 a. E. Vgl. *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad l. 17 § ult. l. 18 Opera Tom. III p. 399 ff.

53) *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad fr. 87 ff. De legatis I.

54) *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 26, § 28.

tritt, die vakante Portion zugleich mit der darauf liegenden Vermächtnißlast auf die Miterben, welche angetreten haben, übergeht; denn wenn gleich diese Last in dem Falle, daß der Prälegatar antritt, nicht bestehn könnte [55]), so lebe sie doch nach dem Willen des Testators sogleich wieder auf, sobald das Hinderniß ihrer Rechtsbeständigkeit wegfällt [56]). Anders natürlich, wenn der Bedachte Collegatarien hat [57]).

Nicht minder erwirbt der Prälegatar, welcher gegen die Erbschaftsantretung sich hat restituiren lassen, das Prälegat iure legati ganz [58]). Denn ein also Restituirter wird dem abstinirenden Hauskinde in den Quellen gleichgestellt [59]).

Tritt in diesen Fällen Intestaterbfolge ein [60]), sind also

55) fr. 18 De legatis praestandis 37, 5 ... partem, in qua onus legatorum non consisteret.

56) *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad fr. 87 sqq. de legatis I erklärt sich nach seiner Ansicht die Sache so. Das Prälegat besteht in diesem Falle, da nicht dieselbe Person zugleich Erbe und Legatar, sondern nur Legatar wird, in seinem ganzen Umfange. Denn ein extraneus heres wird ja immer erst durch die Antretung Erbe, und selbst der suus darf nach prätorischem Rechte so lange noch nicht als Erbe betrachtet werden, als er sich noch nicht in die Erbschaft eingemischt hat. Abstinirt er daher, so wird er so angesehn, als sei er nie Erbe gewesen, und daher fällt die Erbportion mit der Verpflichtung zur Auszahlung des ganzen Legates dem antretenden Miterben zu. Man vgl. dagegen Chesius a. a. O. § 6, der namentlich hervorhebt, daß die verschmähte Erbportion eigentlich keine Last gehabt habe.

57) *Chesii* Interpretationum lib. II cap. 3 § 30.

58) *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 52 nr. 4; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 270 Note 4. Wegen der hierher gehörigen c. 4 C. de omni agro deserto s. unten Note 273.

59) fr. 6 § 3 De bonis libert. 38, 2; fr. 30 § 11 De fideic. libert. 40, 5; arg. fr. 29 D. ad legem Falcid. 35, 2.

60) *Cuiacius* Obss. 14, 29: qui revera hereditatem prorsus omisit, nihil etiam sperans ab intestato coheredibus testamentum sustinentibus certum est totius legati petitionem esse.

Digitized by Google

die Abstinirenden oder Recusirenden die einzigen ernannten Erben gewesen [61]) oder thun ihre Miterben dasselbe, so fällt natürlich mit dem ganzen Testamente auch das Prälegat [62]). Es müßte denn die Verpflichtung zur Auszahlung der Vermächtnisse so allgemein vom Testator gestellt sein, daß sie auch für die Intestaterben gilt, was ganz gewiß dann der Fall ist [63]), wenn die Codicillarklausel dem Testamente hinzugefügt [64]) oder wenn in einem Intestatcodicill dem im Testamente eingesetzten Erben auch für den Fall legirt ist, daß er als Intestaterbe auftrete [65]), oder wenn der Fiskus die vacantia bona übernimmt und dieselben zur Bezahlung der Vermächtnisse hinreichen [66]).

Aus dem Gesagten geht die Möglichkeit der Conversion eines simpeln Legates in ein Prälegat in dem Falle hervor,

---

61) fr. 7 D. si quis omissa 29, 4. Quidam Titium et Maevium instituit heredes, et centum Titio legavit, uterque omisso testamento legitimam adiit hereditatem; non probe legatorum actionem Titius postulabit; idem si utrique legasset. *Pfeiffer* Diss. § 32; Mühlenbruch Pandekten § 735. Anderer Meinung ist der Praktische Commentar über die Pandekten nach Hellfeld Bd. 14 Leipzig 1803 S. 314, wo außerdem unrichtig das fr. 68 pr. De legatis I. 30 von einem im väterlichen Testamente dem Sohne hinterlassenen Vermächtnisse verstanden wird.

62) fr. 7 D. cit. *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 87 De legatis I nr. 11 u. 12.

63) Buchholtz Juristische Abhandlungen S. 110 Note 11.

64) Höpfner Commentar § 522 Note 2. Nur in einem solchen Falle kann denn auch das Prälegat, welches in einem nicht confirmirten testamentarischen Codicille hinterlassen ist, giltig bleiben, welchen Fall *Pfeiffer* Diss. § 32 zu sehr ausdehnt.

65) In diesem Falle behält das Prälegat seine ursprüngliche Natur arg. fr. 6 pr. D. si quis omissa 29, 4.

66) fr. 14 De iure fisci 49, 14; fr. 114 § 2 De legatis I. 30; fr. 3 De his quae in testamento 28, 4 (die Worte unten Note 125).

Digitized by Google

wenn ein mit einem Legate bedachter, durch das Testament aber von der Erbschaft ausgeschlossener Intestaterbe nunmehr durch das Destitutwerden des Testamentes zugleich Erbe und Legatar wird.

Die oben aufgestellte Regel, daß der Prälegatar durch das Aufgeben der Erbschaft nicht den Anspruch auf sein Vorvermächtniß verliert, leidet eine Reihe von Ausnahmen [67]), welche sich auf zwei Hauptgründe zurückführen lassen, auf unlautere Gründe der Ausschlagung und auf den entgegenstehenden Willen des Erblassers [68]).

Zwei solche unlautere Gründe werden in den Quellen namentlich angeführt. Der eine, wenn der Testamentserbe einzig aus dem Grunde die ihm deferirte testamentarische Erbschaft ausschlägt, um als Intestaterbe auftretend dadurch zu lukriren [69]), der andere, wenn der Testamentserbe Geld oder Geldeswerth etwa vom Substituten bekommen, um die Erbschaft auszuschlagen [70]).

Im ersten Falle wird ihm ausdrücklich die **legatorum** actio verweigert [71]), weil es als strafbare Arglist erscheint, daß er Andere um ihre Legate bringen, das ihm selbst aber

---

67) Diese Ausnahmen hat *Bertachinus Firmanus* Repertorium v. praelegatum zur Regel erhoben, indem er schreibt: praelegata non debentur heredi, repudianti hereditatem. Doch hat er auch die entgegengesetzte Regel: praelegata capiuntur etiam hereditate non adita.

68) fr. 4 § 10 De doli mali except. 44, 4; *Cuiacii* Obss. 14, 29; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 38 S. 259, S. 322.

69) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 460, 461.

70) *Zasius* in Digestum novum ad fr. 4 § 11 D. 44, 4, Opera Tom. III p. 410 nr. 1...3.

71) fr. 7 D. si quis omissa 29, 4 (die Worte oben in Note 61); Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 437, 513, 514.

hinterlassene Legat behalten will [72]. Dieser Grund ist unstreitig der einzig richtige. Denn der von Pfordten [73]) aus **fr. 10 § 1 D. si quis omissa** hierher gezogene Grund: **quia liberum fuit hereditatem adire et non solum legata habere**, kann unmöglich als der entscheidende gelten [74]), sonst würde ja jeder Repudiant der Erbschaft von dem ihm ausgesetzten Prälegate zurückzuweisen sein. Dasselbe gilt von dem aus **fr. 90 § 1 De legatis I. 30** entnommenen Grunde, daß ein solcher Erbe gegen den Willen des Erblassers handelt, indem nach dieser Stelle der Vater eine **divisio bonorum** zwischen seinen Kindern vorgenommen, wobei es nach dem Willen des Vaters unmöglich war, die Prälegate von den Erbtheilen zu trennen [75]). Der Repudiant der Erbschaft in solchen Fällen kann deshalb nicht auf die Prälegate Anspruch machen, weil diese die Stelle der Erbportion vertreten [76]).

Den Uebergang zum andern Falle macht das im **fr. 10 § 1 D. si quis omissa** angeführte Beispiel [77]), wornach, wenn der Testator die von ihm bedachten Legatarien auch zu Substituten der von ihm eingesetzten Erben ernannt hat und diese, sowie seine im ersten Grade eingesetzten Erben die testamentarische Erbschaft ausschlagen, aber insgesammt als gesetzliche Erben auftreten, die Substituten neben ihrer Intestatportion nicht auf das Prälegat Anspruch machen dürfen [78]).

---

72) *Hertius* Diss. de praelegatis § 15. III.

73) Diss. de praelegatis p. 44.

74) *Pothier* Pandectae 29, 4 nr. 12.

75) *Cuiacius* Comm. in tit. I de legatis ad ll. 87, 88, 89; *Hertius* Diss. § 15. I.

76) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 7.

77) Die Worte im fünften Capitel Note 211.

78) *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad fr. 87 ff. De legatis I; *Sande* Decisiones Frisicae lib. IV tit. 4 defin. 7:

Der andere Fall wird durch die Schlußworte des fr. 4 § 11 De doli mali exceptione [79]) bewiesen. Hier heißt es: wenn der Erbe und Prälegatar deshalb von der Erbschaft zurückgetreten ist, weil er in Folge eines Vertrages [80]) mit dem Substituten [81]) den Werth der Erbschaft in Gelde oder in andern Leistungen empfangen hat [82]), um die Erbschaft zu dessen Gunsten aufzugeben, so verliert er einen Theil des Prälegates [83]), nemlich den, welchen er von sich selbst, oder jetzt von seinem Substituten, hätte fordern können. Klagt er nemlich gegen diesen, so excipirt [84]) ihm derselbe Folgendes: In der That hast du ja die dir hinterlassene Erbportion, da du ihren Werth hast [85]); du handelst daher arglistig, wenn du den onerosen Erwerber deines Erbtheils als Erben behandelst. Denn

---

quia non simpliciter omisit hereditatem, sed dolo in fraudem defuncti et legatariorum.

79) Der Anfang oben in Note 38; es heißt dann weiter: quodsi a substituto pretium accepit, vel quod pretii loco haberi posset, ne adeat hereditatem, petens legatum, dolo, inquit, facere intelligetur, ac per hoc doli exceptione repelletur.

80) Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 437.

81) Dieser ist hier nur beispielsweise genannt. Denn es ist gleichgiltig, von Wem der Prälegatar den Werth der Erbschaft empfangen, z. B. etwa von den nächsten Intestaterben. *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 17 § ult., fr. 18.

82) fr. 1 § ult. De calumniatoribus 3, 6.

83) Daß der Verlust des Prälegates in diesem Falle nur in einem Theile desselben besteht, scheinen *Duarenus* in tit. de legatis ad l. 18, *Hertius* Diss. § 15. IV und *Averanius* Interprett. V, 3, 6 zu übersehn. Hieraus erklärt sich die Möglichkeit der Annahme von Ehesius, daß gar kein Prälegat angeordnet gewesen, sondern daß der Testator das Legat dem Theilerben unter der Bedingung si heres non erit hinterlassen habe.

84) *Brunnemann* Comm. in Pandectas lib. 44 tit. 4 ad l. 4 nr. 12.

85) Die Glosse zu fr. 4 § 11 De doli mali exceptione 44, 4.

derjenige gibt in der That die Erbschaft nicht auf, der ihren Werth hat; er simulirt [86]) eigentlich nur die Omission der Erbschaft; da nun aber eine solche Simulation als Arglist angesehn wird [87]), so gilt er als Erbschaftsbesitzer, und daraus folgt consequent, daß er die von den Miterben ihm zu leistenden Theile des Prälegates, aber auch nur diese, mit Erfolg einklagen darf.

Der Wille des Testators, daß, wenn der Prälegatar die Erbschaft ausschlägt, er auch das Prälegat verlieren soll, kann entweder direkt [88]) oder indirekt [89]) ausgesprochen sein [90]). Das Erste ist der Fall, wenn der Erblasser das Bestehn des Vermächtnisses an die Bedingung **si heres erit** geknüpft hat [91]),

86) *Brunnemann* a. a. O.

87) *Cuiacius* Obss. 14, 29 sagt von diesem Falle: simulatio dolus est.

88) *Gasparis Antonii* Thesauri quaestionum forensium libri IV. Genevae 1672. fol. lib. I qu. 17 nr. 3: nisi testator contrarium scripsisset.

89) *Gregorius Tholosanus* Syntagma iuris universi. Francof. 1599: praelegatum etiam repudiando hereditatem possunt retinere, si de contraria voluntate testatoris non constat, vel nisi ea mente praelegaverit testator, ut eo praelegato invitatus institutus hereditatis partem agnosceret; v. *Holzschuher* Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 833: das Ausschlagen der Erbschaft und des Prälegates ist von einander unabhängig, wenn nicht aus dem besondern Inhalte des Testamentes eine Unzertrennlichkeit begründet ist.

90) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 87 De legatis I nr. 1 Prima limitatio est, quando testator expresse voluit contrarium; secunda, quando abest (soll heißen adest) efficax coniectura tacitae voluntatis contrariae ponendo praelegata loco hereditariarum portionum.

91) fr. 92 pr. De legatis III. 32: Si mihi Maevia et Negidia, filiae meae, heredes erunt, tunc Maevia e medio sumito, praecipito, sibique habeto fundos meos illum et illum; fr. 20 pr. De instructo 33, 7 (die Worte unten Note 335); *Roßhirt* Vermächtnisse

oder wenn er den Erwerb der Erbschaft und des Prälegates ausdrücklich an dieselbe Potestativbedingung geknüpft hat [92]) und der Honorirte dieser Bedingung entgegenhandelt [93]).

Doch ist es auch schon hinreichend zur Entziehung des Prälegates, wenn man genügenden Grund zu präsumiren hat, der Testator habe die bei der Erbeseinsetzung wirklich ausgesprochene Bedingung auch bei dem äußerlich pure angeordneten Prälegate zu wiederholen beabsichtigt. Dieß wird durch **fr. 17 § 3 De doli exceptione** [94]) bestätigt, wo folgender Fall vorliegt. Die Mävia hatte ihren Großvater von mütterlicher Seite zum Vormunde gehabt, und derselbe hatte einige grobe Versehn bei der Verwaltung dieses Mündelvermögens sich zu Schulden kommen lassen; er war aber gleich darauf gestorben von seiner Tochter (der Mutter jener Mävia) und einigen andern Personen [95]) beerbt, welche alle daher der Mä-

---

Bd. 1 S. 270 Note 2; Lang Lehrbuch des Röm. Rechts (zweite Ausgabe) § 397.

92) *Cuiacii* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32.

93) Vgl. das eilfte Capitel Note 55...106. Zu beschränkt ist daher die Aeußerung von Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. 5 S. 268: das Prälegat ist etwas, was der Erbe haben soll, auch wenn er nicht Erbe wird.

94) Marito et filio communi ex parte dimidia scriptis heredibus, filiam suam ex priore matrimonio ita heredem instituit: Maevia, filia mea, ex sex unciis heres mihi esto, si cum coheredibus tuis parem rationem feceris, pro mea portione in diem mortis meae eius actus, qui pendet ex tutela tua, quam Titius, pater meus, avus tuus, administravit; quaesitum est, an, quia sub conditione instituta filia esset, si omitteret hereditatem, uti salvam tutelae actionem haberet, legata sibi a matre data consequi possit. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, eam, de qua quaereretur, contra voluntatem petere, et ideo exceptionem doli obstituram.

95) Die Worte pro mea portione beweisen es, daß die Testatrix nicht die einzige Erbin ihres Vaters gewesen ist.

36

via aus dem Quasicontracte ihres Erblassers hafteten. Bevor aber deshalb eine Klage angestellt war, stirbt die Mutter der Mävia mit dem Wunsche, der Prozeß aus dieser Vormundschaft möge wenigstens nicht gegen ihre Erben geführt werden. Deshalb instituirt sie in ihrem Testamente neben ihrem zweiten Manne und dem mit ihm erzeugten Sohne, welche zusammen auf die eine Hälfte ihres Vermögens sich eingesetzt finden, die Mävia (ihre Tochter erster Ehe) auf die andere Hälfte, aber unter der Bedingung: wenn sie ihrer Klage gegen ihre Miterben als Erbeserben ihres Vormundes entsagen würde, und hinterläßt ihr außerdem noch einige Prälegate, ohne jedoch bei deren Anordnung diese Bedingung ausdrücklich zu wiederholen. Mävia tritt aber diese Erbschaft nicht an und will lieber gegen den ausdrücklichen Willen ihrer Mutter die Klage aus der schlecht geführten Vormundschaft gegen ihre Miterben anstellen [96]). Diese müssen natürlich sich auf diese Klage einlassen, aber die außerdem angestellte Klage gegen sie auf Zahlung der Prälegate können sie mit der doli exceptio [97]) zurückweisen und der Klägerin entgegensetzen, sie handle arglistig, indem sie einen doppelten Vortheil in Anspruch nehme, einmal die wegen der schlechten Vormundschaftsführung aus der mütterlichen Erbschaft ihr gebührenden Summen, und außerdem noch die von der Mutter ihr hinterlassenen Prälegate,

---

96) Heimbach in seiner Basiliken-Ausgabe Bd. 5 S. 99 hat in dieser Stelle, d. h. lib. 51 tit. 1 l. 17 durch einen Druckfehler: **at ille conditionem implere volens** statt **nolens**.

97) Diese Einrede der Erben wird dadurch gerechtfertigt, daß ihre Lage durch die Repudiation der Tochter viel schlechter wird, weil jene durch das Anwachsen der repudiirten Erbhälfte, auf welcher auch die Last der Hälfte der Prälegate ruhte, diese Last selbst übernehmen müssen und außerdem von der Vormundschaftsschuld nicht frei werden. *Chesii* Interpretationum iuris lib. I cap. 21 § 7 u. 8.

die aller Wahrscheinlichkeit nach [98]) ihr außer der großen Erbportion nur zu dem Zwecke ausgesetzt waren, damit sie die Forderung aus der Vormundschaft gegen die Miterben quittire [99]). Es wird also hier, da die Tochter gegen den deutlichen Willen der Testatrix handelt, die nur bei der Erbeseinsetzung ausdrücklich ausgesprochene Bedingung auch hier bei dem Prälegate als wiederholt präsumirt [100]).

Sonst muß freilich das Prälegat, wenn gleich als simples Vermächtniß, in seinem ganzen Umfange bestehn bleiben, wenn zwar die Erbschaft unter einer Bedingung hinterlassen und diese Bedingung ausgefallen ist, bei dem Prälegate aber von keiner Bedingung die Rede war oder eine andere dem Prälegate allein hinzugefügte Bedingung eingetreten ist.

Ueberall aber wird auch bei repudiirter, unbedingt hinterlassener Erbschaft die Klage auf das Prälegat zurückgewiesen, wo auf irgend welche Weise festgestellt werden kann, daß der Wille des Testators darauf gerichtet war, das Prälegat nur unter der Bedingung des Erbschaftsantrittes zu hinterlassen [101]).

---

98) Contra praesumtam voluntatem defunctae videtur hoc casu illud legatum petere. *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 9.

99) Ungenau scheinen *Berger* Diss. de omissione hereditatis § 47 (Diss. iuris selectae Diss. 33) und *Warnkoenig* Commentarii iuris Romani privati lib. V cap. 6 § 1124 sich auszudrücken, wenn Jener sagt: non dari petitionem legati, und Dieser: nec actio danda est. Hätte die Tochter die Legate eingeklagt und hätte sie darauf die tutelae actio gegen ihre Miterben anstellen wollen, so würde sie auch mit der doli exceptio zurückgewiesen sein. Vgl. *Zasius* in Digestum novum ad fr. 17 § 3 De doli mali except. Opera Tom. III p. 425, 426.

100) S. das eilfte Capitel Note 55...62.

101) fr. 88 De legatis I. 30: Sed si non alius voluit pater habere eum legatum, nisi hereditatem retineat, tunc neque adversus coheredem dandam ei legati petitionem secundum Aristonis sen-

Dieß ist namentlich der Fall, wenn Jemand sein Vermögen in Form von Prälegaten unter seine Erben vertheilt hat [102]), wo in der Entsagung auf die Erbschaft auch nothwendig die Entsagung auf die Prälegate liegen muß [103]), weil hier Prälegat und Erbschaft sich nicht von einander trennen lassen [104]).

Eben dasselbe müssen wir auch in dem Falle behaupten, da der Erblasser die Collationslast zum Nachtheile eines seiner Testaments- oder Intestaterben letztwillig [105]) erweitert hat.

---

tentiam constat; cum ipsi filio non videretur esse solvendo hereditas; et hoc ita est, licet non conditionaliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime adprobetur. *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad l. 87 sqq. De legatis I; *Simon van Leeuwen* Censura forensis lib. III cap. 8 nr. 11; D. L. v. Eichmann Versuch über die Behutsamkeiten beim letzten Willen Theil 1. Halle 1783 Cap. 25 § 44; Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 437. Da aber ein solcher Beweis oft schwierig zu führen ist, so gibt *Strurius* ad *Ant. Matthaeum* de successionibus c. 9 § 22 dem Testator, welcher nur dem antretenden Erben ein Prälegat zuzuwenden wünscht, den Rath, die ausdrückliche Bedingung si heres erit an das Prälegat zu knüpfen. Gleichgiltig ist es auch hier, ob bei einem solchen Widerspruche mit dem Willen des Testators die Repudiation von Seiten eines extraneus geschehn oder der suus heres das beneficium abstinendi vom Prätor erlangt hat. *I. G. Schomburgk* (praes. *Breuning*) Specimen an filius abstinens ab hereditate paterna possit petere praelegatum. Lipsiae 1768. 4.

102) *Nieto* cap. 1 § 20; *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 7 Opera posthuma Tom. I p. 315.

103) fr. 90 § 1 De legatis I. 30; *Ferretti* Praelect. in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 11, 12 Opp. p. 504; *Cujacii* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32.

104) *Bartholomaeus Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 5.

105) Mayer die Lehre von dem Erbrecht Theil 1 § 128 Note 3, 6. Doch muß dieser Wille gleichzeitig mit der Schenkung ausgesprochen werden c. 20 C. de collation. 6, 20.

Denn das in diesem Falle vorhandene Präfideikommiß [106]) kann nur unter der Voraussetzung von denen, zu deren Gunsten diese erweiterte Collation angeordnet ist, in Anspruch genommen werden, wenn sie die Erbschaft wirklich antreten [107]).

Man kann sagen, daß unlautere Gründe des Prälegatars und der Wille des Testators vereint dahin wirken, dem Prälegatar seine Vermächtnisse zu entziehn in dem Falle, daß der Fiduciar erst von dem fideikommissarischen Erben gezwungen werden mußte, die Erbschaft anzutreten und sie zu restituiren. Denn ein auf solche Weise zum Antritt Gezwungener erscheint als unwürdig aller der Vortheile, welche ihm das Testament des Erblassers gewährt [108]), also daß ihm auch das Prälegat ausdrücklich abgesprochen wird [109]). Ist nemlich der Erbe gebeten, **re aliqua vel quantitate praecepta** zu restituiren, so erkennt man deutlich, daß ihm der Testator das Prälegat nur unter der Bedingung zuwenden wollte, wenn er

---

106) Francke Civilistische Abhandlungen S. 247 Note 84.

107) Fein das Recht der Collation S. 406 Note 29.

108) *Chesii* Interpretationum iuris lib. II cap. 3 § 43 in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 347. *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 3. Opp. posth. T. I p. 314 wendet dieß auf den Fall an, wenn eine Erbschaftsquote prälegirt ist.

109) fr. 55 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 ... Sed nec illud translatitie omittendum est, instituto, qui coactus est adire, fideicommissi petitionem denegandam esse; cur enim non videatur indignus, ut, qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate? .... Adeo Senatus nihil apud eum ex ea parte, quam dereliquit, voluit relinquere (statt dieses Wortes wollte *P. Faber* Semestria II, 25 p. 622 lieber remanere lesen; aber eine Aenderung ist nicht nöthig, da augenblicklich relinquatur in derselben Bedeutung als remaneat vorkommt *Smallenburg* Notae ad Digesta Tom. VII ad h. l.), ut nec Falcidiam exercere possit, nec praeceptio apud eum relinquatur.

die Erbschaft angetreten, weil, wer ein solches Prälegat anordnet, dieß bei der Restitution des Fideikommisses ausgezahlt oder retinirt wissen will, die Restitution des Fideikommisses aber ohne den Antritt der Erbschaft unmöglich ist.

Es ist behauptet worden[110]), daß durch den erzwungenen Antritt eines Theilerben ihm nicht das ganze Prälegat, sondern nur der Theil desselben verloren gehe, welcher auf seinem Erbtheile lastete, weil es in dem eben mitgetheilten **fr. 55 § 3 D. ad SCtum Trebellianum** heißt: **Senatus nihil aliud eum ex ea parte, quam derelinquit, voluit relinquere.** Allein ist diese Auslegung wahrscheinlich? liegt nach derselben stets in der Sanktion des Senates eine von demselben für den Gezwungenen beabsichtigte Strafe? Die Antwort auf diese Fragen fällt verneinend aus. Denn es würde die Strafe nach dieser Auslegung in dem Falle ganz fehlen, wenn er gebeten war, **quidquid ex bonis ad eum pervenerit** zu restituiren, weil er in diesem Falle auch ohne erzwungenen Antritt den von seiner Erbportion zu leistenden Theil des Prälegates hätte mit der Erbportion restituiren müssen; und Papinian bleibt ja keineswegs bei der Relation dieser Worte stehn, er folgert vielmehr aus denselben, daß der gezwungene Fiduciar weder ein Recht auf den Abzug der Falcidischen Quart, noch auf das Prälegat habe (**nec praeceptio apud eum relinquatur**). Und sollte auch hier noch **praeceptio** möglicher, wenn gleich gezwungener Weise für **praeceptionis pars** genommen werden können, so antwortet Julian auf die Frage, ob, wenn ein um die Restitution der Erbschaft **praeceptis quibusdam rebus** gebetener Erbe zum Antritte gezwungen sei,

---

110) Lang Lehrbuch des Römischen Rechts § 405. Auch *Chesius* Interpret. lib. II cap. 3 § 43 hat dieselbe Behauptung vertheidigt.

er diese behalten könne? mit den Worten **omni commodo prohiberi debeat**[111]), oder, wie es ebenso klar von Ulpian für denselben Fall gesagt wird: **merito omni commodo arcebitur**[112]). Der Grund dieser Strenge des Senates war offenbar der, weil böser Wille gegen den Testator oder gegen den Fideikommissar oder gegen Beide zugleich die einzige Ursache dieses Rekusirens sein konnte. Denn der erlaubte Grund **ne molestiis hereditariis implicaretur**, konnte hier unmöglich Anwendung finden, da es dem Fiduciar nicht bloß frei stand, sondern sogar zur Pflicht gemacht war, augenblicklich die Erbschaft zu restituiren, auch der Fideikommissar ihm **indemnitatis cautio** stellen[113]) und nach dem Trebellianischen Senatsbeschlusse sogar die auf dem zu restituirenden Erbtheile haftenden Schulden bezahlen mußte[114]). Sonach schien der den Zwang erwartende Fiduciar mehr nach Kräften das Testament umstoßen, als für sich sorgen zu wollen, indem ja für ihn durch die Anordnung der Prälegate hinlänglich gesorgt war[115]).

Ungeachtet aus jener Pflicht des Universalfideikommissars,

---

111) fr. 27 § 14 vgl. mit fr. 14 § 4 D. ad SCtum Trebell. *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omitt. hered. § 34 in *Meermann* Thes. Tom. VII p. 266, 267; *Hertius* Diss. § 15.

112) fr. 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

113) *Struvius Gothofredi* Immo ad fr. 87 De legatis I, 30. S. unten Note 116.

114) fr. 4 cit.

115) *Pothier* Pandectae 34, 9 nr. 20. Ebensowenig haltbar ist die Ansicht von *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 5 Opp. posthuma Tom. I p. 315, welcher meint, daß nur der zum Antritt gezwungene ex asse heres das Prälegat nicht erhalten könne; Theilerben könnten trotz des Zwanges das Prälegat in Anspruch nehmen. Denn in den Quellen ist auch nicht auf das Entfernteste auf einen solchen Unterschied hingedeutet.

allen Schaden dem Fiduciar zu ersetzen, welcher ihm durch den Erbschaftsantritt verursacht ist, auch der Ersatz der unter der Bedingung **si heres non erit** ihm hinterlassenen Vermächtnisse folgt [116]), weil deren Bedingung durch den wenn gleich erzwungenen Antritt ausgefallen ist [117]), so fällt doch auch diese Pflicht des Fideikommissars zugleich mit dem Rechte des Fiduciars darauf fort, wenn der Letztere sich zum Antritt und der daran haftenden Restitution der Erbschaft hat zwingen lassen.

Dieser eben behandelte Fall führt auf die Lehre von der Indignität, welche hier in ihrer doppelten Beziehung, theils auf das Erbrecht, theils auf das Recht zu dem Legate ihre Anwendung findet. In den Fällen, welche den Legaten ausschließlich sind [118]), kann die Frage entstehn, ob die Entzie-

---

116) fr. 11 pr. ad SCtum Trebell. 36, 1. Apud Iulianum relatum est, si legatum fuit heredi instituto relictum: si heres non erit, et ob hoc suspectam dicat hereditatem, ne perdat legatum, offerri ei oportere quantitatem legati a fideicommissario, deinde cogendum. Nec illud admittit Iulianus, ut, quasi hereditatem non adiisset, sic legatum a coherede petat, adiit enim; sed magis arbitratur, a fideicommissario ei praestandum. Sed etsi quid aliud sua interesse dicet, non cogitur adire, nisi ei damnum vel lucrum a fideicommissario sarciatur, vel a Praetore onus remittatur, quod recusat; fr. 27 § 15 D. eod. Sed si eidem legatum esset sub hac conditione, si heres non esset, et suspectam sibi hereditatem dicat, non aliter cogendus est adire, quam ut legata, quae sub conditione, si heres non esset, data erant, restituantur: non quidem a coheredibus, ne onerentur; sed ab eo, cui restituta fuerit hereditas: nam sicut explendae fidei gratia cogendus est adire hereditatem, ita ob id ipsum damno adfici non debet. *Donelli* Comm. iur. civ. lib. VII cap. 22; *Mornacius* Synopsis Pandectarum ad l. 27 § 14 D. ad SCtum Trebell.

117) v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 568.

118) S. darüber Puchta Pandekten § 550 Anm. C. Nur bei Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Bd. 3 Abth. 2

hung des Prälegates nur die Theile desselben, welche der Berechtigte legati iure besitzt, oder das ganze Prälegat ergreift. Da diese Fälle ausdrücklich nur Vermächtnisse, also auch nur das umfassen, was legati titulo besessen wird, so kann der in diesen Fällen angedrohte Verlust sich nur auf die wirklich von den Miterben zu erlangenden Portionen des Prälegates beziehn, und der auf seiner eigenen Erbportion lastende Theil des Prälegates bleibt ihm in diesem Falle.

Eine Bestätigung dieser natürlichen und allgemein angenommenen Ansicht [119]) findet sich im fr. 15 **De his quae ut indignis** [120]). In dieser Stelle heißt es: wenn ein Erbe Codicille für verfälscht erklärt hatte, aber mit dieser Klage abgewiesen war, so verlor er zwar nicht die Erbschaft; wenn ihm aber in diesen Codicillen Etwas von seinen Miterben hinterlassen war, so wurde die Klage hierauf ihm verweigert. Dasselbe wird für ihn gelten, wenn in diesen Codicillen eine vollständige Vermögenstheilung vom Erblasser unternommen ist [121]).

---

§ 1057 ist der Fall des fr. 4 De his quae ut indignis 34, 9 berücksichtigt, wornach der Legatar, welcher die Einsetzung eines Erben als verfälscht mit Unrecht ansicht, nur den Theil des Legates einbüßt, der von diesem Erben zu entrichten gewesen wäre, was natürlich auch von Prälegaten gelten muß.

119) *Cuiacii* Comm. in tit. Dig. de his quae ut indignis ad l. 15; *Ramos del Manzano* ad fr. 83 De adq. vel om. hered. § 29 in *Meermann* Thes. Tom. VII p. 264 ff.; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 37 S. 291, 292 Note 59; Puchta Vorlesungen über das heutige Römische Recht Bd. 2 S. 429.

120) Heredi, qui falsos codicillos esse dicit, neque obtinuit, hereditas non aufertur; si tamen aliquid a coherede codicillis acceperit, eius actio denegabitur. Itaque si bonorum inter heredes divisionem defunctus codicillis fecerit, partes quidem hereditarias, in quibus legatum consistere non potuit, tenebit; sed Falcidiae beneficio non utetur, si tantum in amissis portionibus erit, quod Falcidiam aequitate compensationis recusaret.

121) *Balduini* Disp. I ex Papiniano cap. IV in der Iuris-

Er selbst wird nemlich an den Theilen der ihm prälegirten Erbstücke, welche ihm unter dem Titel eines Erben zukamen, sein Recht behalten, dagegen an den Theilen, welche ihm **legati titulo** zufallen sollten, keinen Anspruch machen können, und gegen die Klagen seiner Miterben auf Herausgabe der ihnen zustehenden Prälegate sich durch Berufung auf den ihm sonst zuständigen Abzug der Falcidischen Quart nicht schützen können [122]), wenn er durch die jetzt durch seine Schuld nicht erhaltenen Prälegatstheile seine Quart vollständig hätte.

Alle Indignitätsfälle, welche für das Erbrecht, sowie für das Recht auf die Legate gemeinschaftlich gelten, sind von der Beschaffenheit, daß der Berechtigte sein Prälegat in allen seinen Theilen verlieren muß [123]). Jedoch sehn wir in den Beispielen, welche wir in den Quellen für diese Behauptung finden, die Neigung der guten Kaiser sowie der Juristen, soviel als nur irgend möglich dem Honorirten zu erhalten, so lange nicht seine Verschuldung sich deutlich herausgestellt hat [124]).

---

prud. Rom. et Attica Tom. I p. 949; *Pothier* Pandectae 34, 9 nr. 17.

122) Vgl. das siebzehnte Capitel Note 31.

123) Hindern also die eingesetzten Erben und Prälegatarien den Testator an der Aenderung seines Testamentes, so können dieselben, wenn ihnen der Fiskus die Erbschaft entzogen hat, nicht etwa die ihnen ausgesetzten Vermächtnisse ganz oder zum Theil einfordern fr. 19 De his quae ut indignis 34, 9. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 340 ff.

124) *Heineccius* ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam cap. VII nr. 2 p. 415 macht darauf aufmerksam, daß sich die Indignität entweder in einem Verbrechen, also in der Schuld des Honorirten, oder darin gründe, daß derselbe gegen den Willen des Testators antrete, indem dieser ihn nur für einen Unwürdigen hält. S. unten Note 134.

Denn sowohl Mark Antonin[125]) als Papinian[126]) erklären: wenn ein Testator nach vollständig errichtetem Testamente den Namen des einen Erben ausgestrichen hatte, so mußte zwar das Erbrecht ihm als entzogen gelten[127]), aber das Prälegat ihm ganz bleiben[128]), wenn nicht auf das Bündigste der Be-

125) fr. 3 De his quae in testamento 28, 4: Proxime in cognitione principis, quum quidam heredum nomina induxisset, et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est, et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta; plerique etiam legatarios excludendos existimabant, quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset; nonnullos opinari, id iure ipso perimi, quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo, nonne et illud interdum credi potest, eum qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius est quam tutius. fr. 192 De Regulis iuris 50, 17. *Petri Rebuffi* repetitiones variae. Lugduni 1583 p. 21 nr. 12; **Mühlenbruch** in **Glück's** Commentar Bd. 39 S. 85 ff.

126) fr. 12 De his quae ut indignis 34, 9. Quum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, heredibus (scil. in priore testamento scriptis) tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem Senatus hereditatem. Quod divus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat, causam enim ad Praefectos aerarii misit (zur weitern Verfolgung der fiskalischen Ansprüche. **Mühlenbruch** a. a. O. S. 87 Note 32); verum ab eo legata relicta salva manserunt. De praeceptionibus eidem (scil. heredi relicto) datis voluntatis erit quaestio, et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat. Vgl. fr. 16 § 2 D. eod. fr. 2 am Ende De his quae in testamento 28, 4.

127) **Mühlenbruch** in **Glück's** Pandekten Bd. 39 S. 84 Note 24, S. 91 Note 42.

128) *de Barry* Opus de successionibus Tom. I. Lugduni 1671 lib. I de testamentis tit. 9 § 47; **Roßhirt** Vermächtnisse Bd. 1 S. 270 Note 3: es gab bei den Römern Fälle, wo Jemand

weis geführt wurde, daß der Testator diesem Erben auch das Prälegat habe entziehn wollen [129]). Ganz dasselbe werden wir nach den ersten Worten des eben angeführten fr. 12 De his quae ut indignis in dem Falle annehmen können, wenn der Testator dadurch ein früheres Testament hatte aufheben wollen, daß er einen neuen letzten Willen errichtete, worin er Personen einsetzte, die nicht zu Erben ernannt werden durften [130]). Auch in diesem Falle werden wir wegen seiner Zusammenstellung mit dem vorigen annehmen müssen, daß den Erben des ersten Testamentes zwar die Erbschaftsklagen [131]), aber nicht die etwanigen Klagen auf das Legat entzogen werden [132]).

die Erbschaft nicht haben sollte, aber doch die legata. Hier nahmen die Juristen an, daß ein solcher die Präceptionslegate ganz nach dem Willen des Testators haben könne.

129) *Cuiacius* in lib. 16 quaest. Papin. ad fr. 12 De his quae ut indignis; *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omitt. hered. § 31 führt als Grund für diese milde Auslegung folgenden an: das Durchstreichen des Namens eines Erben gibt für sich allein keinen sichern Grund für die Unwürdigkeit des Erben, da es bisweilen ohne den Willen des Erblassers (fr. 20 De iniusto 28, 3; fr. 1 De his quae in testamento 28, 4; c. 12 C. de testamentis 6, 23), bisweilen nur in der Absicht geschieht, damit die Erbschaft an die Intestaterben komme fr. 1 § 8 D. si tabulae test. nullae 36, 8; fr. 3 De his quae in testam. 29, 4.

130) Ipso iure mußte die frühere Erbeseinsetzung geltend bleiben, indem das erste Testament nur durch ein posterius perfectum testamentum aufgehoben werden konnte. Aber der Senat wollte nicht, daß Derjenige eine Erbschaft haben solle, dem der Verstorbene durch das spätere, wenn gleich nicht zu Recht beständige Testament von der Erbschaft entschieden ausschließen gewollt. *Pothier* Pandectae 34, 9 nr. 22.

131) *Pothier* a. a. O. nr. 5.

132) *de Barry* a. a. O. Für diese günstige Entscheidung spricht, daß es als zu hart gelten mußte, in einem Falle, wo vielleicht gar keine Verschuldung der früher berufenen Erben existirte, son-

Der Beweis, welchen die mit dem jetzt in ein simples Vermächtniß umgewandelten Prälegate Belasteten antreten wollten, durfte nicht bloß auf die feindselige Gesinnung des Erblassers gerichtet sein [133]), sondern es mußte auch das lieblose Betragen des Erben klar bewiesen werden, z. B. daß der Erbe den Mord seines Erblassers anzuklagen und gerichtlich zu verfolgen versäumt hatte [134]).

Wenn ein Notherbe mit der inofficiosi testamenti querela aufgetreten, aber mit dieser Beschwerde abgewiesen war, so verlor er zur Strafe das ihm im Testamente ausgesetzte Vermächtniß [135]). War aber die inofficiosi querela von den Pflichttheilsberechtigten mit Erfolg angestellt, so hörte nach dem Pandektenrechte die Giltigkeit aller Legate auf, wenn das ganze Testament umgestoßen wurde [136]). Wenn aber diese Querel

dern der Erblasser vielleicht nur so schwach gewesen war, sich durch jene zum Erwerbe der Erbschaft unfähige Leute zur Errichtung eines neuen Testamentes verleiten zu lassen, jene Erben sogar ihrer übrigen Rechte aus dem Testamente zu berauben.

133) fr. 22 De adimendis 34, 4; die Worte s. unten Note 331.

134) fr. 15 § 1 De SCto Silaniano 29, 5: Quum ex parte heredi instituto legatum quoque erat, et in ulciscenda morte cessaverat, Divi Severus et Antoninus rescripserunt, tam hereditatis portionem, quam legatum ei auferendum. *Ramos del Manzano* a. a. O. § 29. Darum erklärt auch *Nicolaus Boerius* Decisio 280 § 9 nur im Falle eines vom Prälegatar verübten Deliktes sich dafür, daß außer der Erbschaft auch die Prälegate als ereptitia behandelt werden. Wahrscheinlich weil Delikte nicht präsumirt werden, erklärt *Petrus Ravennas* Singularia nr. 533 sich dahin: Praelegata non veniunt in restitutionem, quam facit heres fisco tanquam indignus. Ebenso zu allgemein sagt Schweppe das Römische Privatrecht § 918 Note 7: Wer unwürdig der Erbschaft wird, behält doch das Prälegat.

135) fr. 8 § 14 De inoffic. testam. 5, 2; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 37 S. 291.

136) fr. 8 § 16 D. eod. Eine Ausnahme fand Statt bei der

nur zur theilweisen Vernichtung des Testamentes geführt hatte [137]), so wurden die Vermächtnisse auch nur zum Theil ungiltig [138]), eine Regel, welche nach der ausdrücklichen Erklärung Papinians auch für die Prälegate galt [139]). Wenn, so schreibt dieser Jurist [140]), ein Sohn [141]) die inofficiosi querela gegen mehrere in dem Testamente seiner Mutter eingesetzte Erben bei verschiedenen Gerichten [142]) angestellt hat und er gegen einen Testa-

---

Verurtheilung wegen Contumacia des eingesetzten Erben fr. 17 § 1 D. eod.

137) fr. 15 § 2, fr. 24 D. eod. Ueber die einzelnen Fälle der theilweisen Rescission des Testamentes s. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 276 ff.

138) fr. 13 D. eod. c. 13 C. eod. 3, 28. Man vgl. noch Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 455.

139) Repertorium *Bertachini Firmani*. Lugduni 1562 v. praelegatum.

140) fr. 76 pr. De legatis II. 31: Quum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita variae sententiae iudicum exstitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis, quam ceteros legatarios actiones, constitit; sed libertates ex testamento competere placuit, quum pro parte filius de testamento matris litigasset. Quod non erit trahendum ad servitutes, quae pro parte minui non possunt; plane petetur integra servitus ab eo, qui filium vicit, partis autem aestimatio praestabitur, aut, si paratus erit filius, pretio accepto servitutem praebere, doli summovebitur exceptione legatarius, si non offerat partis aestimationem, exemplo scilicet legis Falcidiae. *Ramos del Manzano* Comm. ad tit. de servitut. Pars II cap. 2 in *Meermann* Thes. Tom. VII p. 62; Francke das Recht der Notherben S. 303.

141) Es war gleichgiltig, ob in dem mütterlichen Testamente der Sohn präterirt oder ohne genügenden Grund exheredirt war *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis II ad l. 67.

142) Ueber die ursprünglichen divisa, nicht diversa tribunalia vgl. Blume im Rheinischen Museum Bd. II S. 112.

Digitized by Google

mentserben abgewiesen wird, gegen alle übrigen Testamentserben aber siegt, so kann jener einzige Sieger gebliebene Testamentserbe die ihm hinterlassenen Prälegate nicht von dem an die Stelle der besiegten Erben getretenen Sohne der Erblasserin [143]), sondern nur einzig und allein von seiner eigenen Erbportion in Anspruch nehmen [144]), da dieser Erbtheil trotz der Querel seine Rechtsbeständigkeit nicht verloren hat. War in diesem Falle der mit seiner Querel siegreiche Notherbe selbst mit einem Vermächtnisse bedacht gewesen, so konnte er den Theil des Prälegates, welcher auf der Erbportion des von ihm unbesiegten Erben haftete, mit Erfolg einklagen, und es war hier also sein simples Legat in ein Prälegat umgewandelt.

Seit den Aenderungen Justinians in dieser Lehre [145]) können nur noch lieblos enterbte Geschwister die alte Inofficiositäts-Querel mit ihren alten Wirkungen anstellen; aber diese Querel wurde schon durch die Hinterlassung eines Vermächtnisses unmöglich, indem alsdann ihnen nur die conditio ad supplendam legitimam zustand, durch welche Klage auch die Größe des dem instituirten Erben hinterlassenen Prälegates geschmälert werden kann [146]).

Wenn bei einer Vermögenstheilung der Eltern unter ihren Kindern der Vater einem einzelnen Kinde so viel zugetheilt hat, daß dadurch ein Kind in seinem Pflichttheile verletzt ist, so kann ebensowenig die inofficiosi testamenti querela, als die ihr gleich subsidiäre inofficiosae donationis querela angestellt wer-

---

143) fr. 13 De inoffic. testam. 5, 2; fr. 36 De legatis III. 32; Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 § 695 Nr. b.

144) Also eigentlich gar nicht, weil sie so weit als Legate ungiltig sind. Westphal von Verm. u. Fideik. S. 526.

145) *Groenewegen* de legibus abrogatis in Hollandia sagt daher zu fr. 76 De legatis II. 31: haec lex ab usu aliena eat.

146) S. unten Note 265 ff.

den, sondern nur die **familiae herciscundae actio** zur Ergänzung des Pflichttheils [147]; und auf solche Weise kann der Betrag der Prälegate der zu viel bedachten Kinder verkürzt werden.

Eben hierher gehört folgender Fall. Es ist einem Erben ein Prälegat hinterlassen, und unter den damit belasteten Miterben befindet sich auch ein Notherbe, dem nur gerade sein Pflichttheil hinterlassen ist. Derselbe wird nach **c. 32 C. de inoff. test. 3, 28** diese Belastung seines Pflichttheils nicht anzuerkennen nöthig haben und daher die auf seinen Erbtheil fallende Portion des Prälegates nicht auszahlen dürfen [148]. Ist dieser Notherbe der einzige Miterbe, so hat der Prälegatar vom Prälegate Nichts, als was ihm **hereditario iure** gebührt.

Wird von Eltern oder Kindern, welche mit Anführung eines gesetzlichen, aber unwahren Grundes enterbt sind, seit der Novelle 115 die Inofficiositäts-Querel angestellt, was die Giltigkeit der Vermächtnisse gar nicht alterirt, so kann, wenn der Kläger selbst mit einem simpeln Legate bedacht war, dieses sich durch die siegreich durchgeführte Querel in ein Prälegat verwandeln [149]. Waren die instituirten Erben Fremde, so bleibt ihnen ihr Prälegat [150], nur daß sie es jetzt ganz **iure legati** als simple Legatarien haben [151]; waren aber unter den insti-

---

147) *Euler* **de testamento et divisione parentum inter liberos. Berolini 1820** § 85 und die daselbst Note i citirten Schriftsteller.

148) Man vgl. Glück Pandekten Bd. 7 S. 93; Gönner Rechtsfälle Bd. 1 S. 350.

149) Denn da sich diese neue Querel nicht auf den gehässigen **color insaniae** gründete, so schloß ein dem Kläger hinterlassenes Vermächtniß die Klage auf Rescission der Erbeseinsetzungen nicht aus.

150) *Hertius* Diss. § 24; *Pfeiffer* Diss. § 33; Nettelbladt Prälegate S. 36; Francke Beiträge S. 140; Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 § 695 Nr. c.

151) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 280.

tuirten Erben auch Kinder oder Eltern des Erblassers, so bleiben diese Prälegatarien [152]), sobald sie Intestaterben werden, nur daß sich der ihnen **hereditario iure** gebührende Theil des Prälegates auch vergrößern oder verkleinern kann, wenn die im Testamente ihnen bestimmte Erbportion kleiner oder größer war, als die jetzt nach der Rescission der Erbeseinsetzungen ihnen zustehende gesetzliche Erbquote.

Ganz dieselben Folgen treten ein, wenn ohne allen gesetzlichen Grund enterbte oder präterirte Kinder oder Eltern auf die Nullität des Testamentes seit der Novelle 115 antragen [153]). Denn in der Erklärung, der Testator habe nicht die gesetzlich vorgeschriebene Form des Testamentes beobachtet, kann noch weniger als in dem vorigen Falle eine Beschimpfung für den Testator liegen, welche zur Abweisung des Querulanten führen durfte. Zwar verlangen für diesen Fall ebensogut wie für den, wenn der Erblasser zwar eine gesetzliche, aber in der Wahrheit nicht begründete Enterbungsursache angeführt hat, viele Juristen [154]) die Abweisung der Notherben bei der Einforderung

152) *I. E. I. Mueller* Promtuarium iuris novum. Lips. 1795. 4. Vol. V p. 599 v. praelegatum § 10: Praelegata, quae legitimam salvam relinquunt, sustinentur, quamvis ob iniustam exheredationem testamentum impugnatum fuerit.

153) Illustria celeberrimorum Germaniae superioris ICtorum Responsa iuris sive consilia diu multumque desiderata Vol. I Consil. 75 nr. 14. Argentorati 1629. fol.; Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 509.

154) *Bartolus* und *Baldus* zur Auth. ex causa C. de lib. praeterit. 6, 28 sowie *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 6 (Opp. posthuma Tom. I p. 315) schildern diese Ansicht als communis opinio. Francke das Recht der Notherben S. 389 beruft sich auf die höchst mißliche Analogie mit der contra tabulas bonorum possessio; *v. d. Pfordten* Diss. p. 70; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 280; Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 676.

dieses Prälegates, weil die von dem Erblasser zu dem Objekte dieses Vermächtnisses Berechtigten durch die Anstellung des Rechtsmittels aus der Novelle 115 **voluntatem defuncti impugnant.** Daß aber dieser Grund hier gar keine Anwendung finden kann, folgt schon daraus [155]), daß ja, wäre er richtig, die grundlos enterbten Kinder niemals zur Erbschaft gelangen könnten, da dieselbe ihnen ja ausdrücklich vom Testator entzogen und andern Personen zugewendet ist. Außerdem wird dieser Grund unserer Gegner deutlich durch folgende Worte Papinians widerlegt: **Si testamentum patris iure factum filius negavit, quoniam de iure disputavit, non iudicium impugnavit, aut accusavit, retinet defuncti voluntatem** [156]). Aus einem andern Grunde leugnet Glück [157]) das Fortbestehn des dem Sieger hinterlassenen Legates, weil die Novelle 115 nur das Fortbestehn solcher Legate garantiren soll, die Fremden auszuzahlen sind, nicht aber solcher, welche dem Enterbten hinterlassen sind. Allein diese postulirte Distinktion der Vermächtnisse ist auch nicht auf das Entfernteste im dritten, vierten oder fünften Capitel der Novelle 115 angedeutet, und Mühlenbruch [158]),

155) Vgl. außerdem *F. I. L. Menike* (praes. D. *Nettelbladt)* Diss. de eo, qui de iure disputavit, haud indigno § 10. Halae 1765. 4.

156) fr. 24 De his quae ut indignis 34, 9 vgl. mit fr. 5 § 1 D. eod. *Iason* Prima super Infortiato ad l. is qui contra De vulg. et pup. subst. nr. 3: qui non impugnat voluntatem, sed dicit testamentum ipso iure nullum et non iure factum, non perdit legatum (Lugduni 1640. fol. 111).

157) Pandekten Bd. 7 S. 481. Auch Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829 S. 263 meint, daß Justinian nur diejenigen Legate im Auge gehabt habe, welche andern Personen außer dem Enterbten vermacht waren, wiewohl er selbst zugesteht, daß gegen diese Unterscheidung die wörtliche Interpretation der Novelle 115 spreche.

158) Fortsetzung des Pandektencommentars von Glück Bd. 37 S. 284 ... 286.

sowie Elvers [159]) weisen sehr gut nach, daß der in der Erbeseinsetzung unberücksichtigt gebliebene Notherbe befugt ist, diese Erbeseinsetzung anzugreifen und die Umwandelung des Testamentes in ein Intestateodicill zu bewirken, in welchem er nach wie vor als Vermächtnißnehmer bedacht bleibt, weshalb er von den nunmehrigen Intestaterben, seinen Miterben, das zum Prälegat gewordene Vermächtniß, soweit jene damit belastet sind, und zwar mit einer ex testamento actio [160]) einfordern kann [161]). Nur in dem Falle, wenn der Erblasser auf die Anfechtung des Testamentes die Strafe des Verlustes der Vermächtnisse gesetzt hat, wird das Legat nicht aufrecht erhalten werden können [162]). Hingegen in dem Falle, wenn der übergangene Notherbe zuerst von dem eingesetzten Erben [163]) ein Legat angenommen hat und darnach erst die Erbeseinsetzungen im Testamente angreift, wird es giltig bleiben. Die nemlich

159) in seiner Themis. Neue Folge Bd. 1 S. 248...255.

160) Für diese Klage, nicht für eine ex lege condictio, zwischen welchen beiden Klagen die Glosse zur Auth. ex causa C. de liberis praeteritis schwankt, erklären sich mit Recht *Fachineus* Controversiae iuris lib. 4 cap. 10, *Gaill* Obss. practicae lib. 2 obs. 113 nr. 9, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 289. Testamentum ist hier in der weiten Bedeutung gebraucht, in der es auch codicilli umfaßt.

161) Auch Cujacius, der Verfechter des sog. reinen Inofficiositätssystemes, nimmt ganz allgemein das Fortbestehn der Legate trotz des Rescindirens der Erbportionen an. Derselben Meinung sind Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1216 Note 58 und Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 8 S. 153 Nr. 34.

162) Diese Ansicht vertheidigen *Mueller* Promtuarium iuris novum v. legatum nr. 153 und Thibaut Pandekten § 1009 Note d (Neunte Ausgabe).

163) Von einem Legatar ein Vermächtniß anzunehmen, soll selbst nach der Ansicht von Glück Pandekten Bd. 7 S. 481 nicht schaden.

Digitized by Google

in den Digesten aufgestellte Regel: **post legatum acceptum inofficiosum dicere testamentum non permittitur**[163 a]) galt nur bis zur Sanktion der Novelle 115[164]). Denn Elvers[165]) hat sehr gut nachgewiesen, daß in der Annahme des Legates, selbst aus den Händen des instituirten Erben kein Anerkenntniß desselben[166]), sondern nur ein Anerkenntniß des wenigstens stets zum Theil giltig bleibenden Vermächtnisses liege, noch weniger aber ein Verzicht auf das Recht, die Erbeseinsetzungen umzustoßen, in jener Annahme des Legates gefunden werden könne.

163[a]) fr. 8 § 10, fr. 10 § 1 De inoff. testam. 5, 2; fr. 5 pr. De his quae ut indignis 34, 9.

164) *Leyser* Medd. in Pandectas Vol. II Spec. 93 med. 7; *Madihn* Principia iuris Romani § 676. (Dagegen *Mueller* a. a. O. v. legatum nr. 170.) Der Billigkeitsgrund, welchen Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829 S. 263 anführt, es sei doch äußerst unbillig, wenn der enterbte Sohn einen so bedeutenden Vortheil vor seinen eingesetzten Geschwistern voraus hätte, denen vielleicht, eben weil sie eingesetzt, nichts weiter vermacht worden ist — kann dadurch entkräftet werden, daß, wenn das Legat bedeutend war, der Sohn das Testament nicht angreifen wird, wenn es aber unbedeutend ist, dieser Sohn gewiß schon bei Lebzeiten hinter seine Geschwister zurückgesetzt sein wird, so daß er jetzt durch den Tod gewinnt, was der Vater ihm bei Lebzeiten ohne genügende Gründe entzogen haben mag.

165) Themis. Neue Folge Bd. 1 Nr. VII § 13 S. 248 ff. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 367 hält die Einlegung einer Protestation für rathsam, weil möglicherweise aus den Umständen bei der Annahme des Legates ein Anerkenntniß des Erben gefolgert werden könnte, wodurch seiner Klage auf Gewährung des Notherbenrechts die doli exceptio mit Erfolg entgegengesetzt werden könnte.

166) Wofür Bluntschli a. a. O. S. 263 geneigt ist, sich zu erklären. Er schwankt zwischen dieser Ansicht und der gewiß ganz unhaltbaren, daß der Legatar, Intestaterbe geworden, das Vermächtniß wieder herausgeben muß, wenn es nicht etwa in dem Falle, daß übermäßig viele Legate im letzten Willen angeordnet waren, dazu verwendet wird, den Pflichttheil zu ergänzen.

Soweit die mit Erfolg agnoscirte **contra tabulas bonorum possessio** [167]) das Erbrecht des testamentarischen Erben verkürzte [168]), so weit verringerte sie auch die ihm auferlegten Legate [169]), also auch die Prälegate, was noch ausdrücklich **fr. 125 De legatis I** [170]) hervorhebt. Wenn nemlich, so heißt es hier, der im Testamente des Freigelassenen mit Unrecht präterirte Patron gegen den Universalerben die **contra tabulas bonorum possessio** mit Erfolg angestellt hat [171]), so werden die dem Universalerben auferlegten, an andere Personen und an sich selbst zu zahlenden Vermächtnisse verkürzt, namentlich in diesem Falle sein hundert Sestertien betragendes Prälegat [172]). Ganz gleich fällt die Entscheidung von Paulus aus in einem Falle, den wir im **fr. 43 pr. De cond. et demonstrationibus** [173]) lesen.

167) Ungeachtet die contra tabulas bonorum possessio seit der Novelle 115 als ganz unpraktisch gelten muß (Puchta Pandekten § 486 Note p; Leist die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 2 S. 199), haben wir sie hier dennoch hervorgehoben, weil ihre Anstellung und Durchführung nach dem Digestenrechte von Einfluß auf das Fortbestehn der Prälegate war, wie dieß in mehreren Digestenfragmenten anerkannt ist.

168) Einen Fall, da die contra tabulas bonorum possessio commisso per alium edicto die Erbportion des eingesetzten Erben vergrößert, lesen wir im fr. 8 § 14 De b. p. c. t. 37, 4 vgl. mit fr. 103 § 2 De legatis III.

169) fr. 17 De iniusto 28, 3; fr. 20 § 2 De b. p. c. t. 37, 4. *Ramos del Manzano* ad l. 83 De adq. vel omitt. hered. in *Meermann* Thes. T. VII p. 264 ff.; *Pfeiffer* Diss. § 33 a. E.

170) Si heres centum praecipere iussus sit, et restituere hereditatem, et patronus bonorum possessionem contra tabulas petierit, sicut legata, ita et praeceptio pro parte, quam patronus abstulit, minuetur.

171) Nach altem Rechte auf die Hälfte, nach neuerm Rechte auf ein Drittel der Erbschaft.

172) *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis I ad l. 125.

173) Plautius: rogatus est heres a liberto testatore, ut

Ist der, welcher die **contra tabulas bonorum possessio** anstellt, der einzig zur gesetzlichen Erbfolge Berechtigte, so fallen alle testamentarische Erben und alle Legatarien ganz fort, mit Ausnahme der **exceptae personae**, d. h. der Kinder und Eltern des Verstorbenen [173 a]), wenn ihnen unmittelbar [174]) und bleibend [175]) die Vermächtnisse hinterlassen sind; nur daß, mögen Einer oder Mehrere solcher nahen Verwandten Legatarien sein, jene eine Person oder alle zusammen nicht mehr bekommen dürfen, als derjenige, welcher die **contra tabulas bonorum possessio** angestellt hat [176]); und selbst, wenn sie Prälegatarien sind, wird ihnen die Erbschaft und das Prälegat so weit gelassen, daß beide Emolumente zusammen nicht den Erwerb des **contra tabulas bonorum possessor** übersteigen [177]).

---

praeceptis (so lesen die ältern Ausgaben richtiger, als die neuern, welche perceptis haben) sibi decem, totam hereditatem revenderet; postea patronus defuncti bonorum possessionem contra tabulas petierat, et partem hereditatis, quae debebatur, abstulerat. Proculus, Cassius fideicommissarium pro rata, quod solvit repetere debere aiunt. Paulus: hoc iure utimur; nam quemadmodum praestatione fideicommissorum et legatorum heres exoneratur per Praetorem, ita etiam ipse partem consequi debet.

173 a) Den Grund gibt an Leist die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 1 S. 128, 129.

174) fr. 3 § 2 De legatis praest. 37, 5.

175) fr. 3 § 4 D. eod. Francke das Recht der Notherben S. 156.

176) fr. 8 pr. D. eod. Sed si unus sit ex liberis, qui accepit contra tabulas bonorum possessionem, plures sint, qui ex liberis parentibusque legata acceperunt; sic hoc accipiendum est, ut filius praeteritus semissem habeat, ceteri omnes, qui sunt ex liberis parentibusve, semissem; fr. 20 pr. D. eod. Joseph Uhrig Diss. über die Wirkung der bon. poss. contra tabulas. Würzburg 1844 S. 33.

177) fr. 6 De legatis praestandis 37, 5. Salvius Aristo Iuliano salutem. Qui filium emancipatum habebat, praeterito eo

Dasselbe gilt, wenn der diese **bonorum possessio** agnoscirende Descendent nicht der einzige Intestaterbe ist und **exceptae personae** instituirt sind. Nur muß dann der im Testamente ihnen ausgesetzte Erbtheil [178]) und gleichfalls ihr Prälegat ihnen so weit gelassen werden, daß dieser ihnen bleibende Erbtheil mit dem Prälegate zusammengerechnet nicht mehr beträgt, als, wie die Quellen es ausdrücken, eine **virilis portio** [179]), d. h. den Bruchtheil der Erbschaft, dessen Nenner um Eins größer als die Zahl derer ist, welche die **contra tabulas bonorum possessio** agnosciren [180]). Der eingesetzte und mit einem Prälegate bedachte Descendent des Erblassers kann daher gegen den **contra tabulas bonorum possessor** mit der **familiae herciscundae** actio auf seinen Erbtheil [181]) und auf sein Prälegat, auf das

patrem suum, et extraneum heredem instituit, et patri legatum dedit; filius contra tabulas bonorum possessionem petiit; quaero si aut uterque hereditatem adiisset, aut alter ex his, aut neuter, an et quantum legatorum nomine patri debeatur. Respondit: saepe animadverti, hanc partem Edicti, qua Emancipatus accepta contra tabulas bonorum possessione liberis et parentibus legata praestare iubetur, habere nonnullas reprehensiones; nam si dodrans legatus fuerit, plus habiturus est is, cui legatum erit, quam emancipatus. Decreto igitur ista temperari debebunt, ut et hereditatis partem emancipatus praestet ita, ne scriptus heres amplius habeat, quam emancipatus, et legatorum modus temperaretur, ut nihil plus ex legatis ad aliquem perveniat, quam apud emancipatum bonorum possessionis nomine remansurum est.

178) fr. 5 § 6, fr. 21 D. eod. fr. 7 De coniungendis 37, 8. Uhrig a. a. O. S. 34 ... 36.

179) fr. 7 De legatis praest. 37, 5; fr. 3, fr. 7 De coniungendis 37, 8. Mit dieser Beschränkung sind auch die allgemein klingenden Schlußworte dieses letzten Fragmentes zu verstehn.

180) Uhrig a. a. O. S. 44, 45. Vgl. fr. 8 pr. De legat. praest. 37, 5.

181) fr. 14 pr. De b. p. c. t. 37, 4; fr. 5 § 6 De legat.

Digitized by Google

letztere auch mit der legatorum actio bringen, wenn er nur bei der Durchführung beider Klagen nicht mehr gewinnt, als der contra tabulas bonorum possessor hat[182]). Dieß wird auf das Deutlichste in fr. 8 § 1 De legatis praestandis gesagt. Hier heißt es: Si quis ex liberis parentibusque et heres institutus sit, et legatum acceperit, utrum tantum portionem ei conservamus, an vero et legatum, an alterutrum, quod elegerit? Et magis est, ut utrumque conservetur, sed sic, ne amplius in utroque[183]) quam virilem habeat, und Aehnliches lesen wir im fr. 5 § 6 und fr. 6 D. eod.[184]).

Um mit diesen deutlich sprechenden Aeußerungen Ulpians und Julians die etwas dunkel gehaltene Antwort Papinians in fr. 22 desselben Titels[185]) in Einklang zu bringen, muß

praest. 37, 5. *Cuiacii* Comm. in lib. 23 Dig. Iuliani ad l. 6 De legat. praest. und Comm. in Dig. lib. 37 tit. 5 in l. 6 und l. 7; Uhrig a. a. O. S. 41 ff.

182) Wollte er selbst edicto per alium commisso die contra tabulas bonorum possessio nachsuchen, so würde er das Prälegat verlieren fr. 5 § 2 De legat. praest. 37, 5: si elegerit contra tabulas, non habebit legatum.

183) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 279 erklärt diese beiden Worte in utroque statt von der Erbeseinsetzung und vom Prälegate nicht richtig nur von dem Prälegate in seinen beiden Theilen. Er sagt (Vermächtnisse Bd. 1 S. 279): da den personis exceptis alles bleiben soll, was sie von dem Verstorbenen haben, so behalten sie vom Prälegate nicht nur den Legatstheil, sondern auch die hereditaria portio, natürlich aber sollen sie dadurch (in utroque) nicht mehr erhalten, als virilem portionem aus der gesammten Erbschaft.

184) Die Worte des letzten Fragmentes s. oben Note 177.

185) Bonorum possessione contra tabulas testamenti praeterito emancipato filio data scriptus heres, alter filius, qui possessionem accepit, vel iure civili contentus non accepit, legata praecipua non habebit. Roßhirt a. a. O. S. 280 meint, Pa-

man annehmen, daß in diesem Falle, wo der eingesetzte Erbe und Prälegatar zu den Kindern des Erblassers gehörte, derselbe eine größere als die seinem querulirenden Bruder zukommende Erbportion [186]), vielleicht die ganze Erbschaft oder wenigstens doch seine vollständige Virilportion hatte [187]). Denn unter dieser Voraussetzung stimmt Papinian mit Julian und Ulpian in seiner Entscheidung überein, daß der in einem Testamente, gegen welches die **contra tabulas bonorum possessio** erhoben ist, eingesetzte Sohn nicht noch die Prälegate in Anspruch nehmen darf, und zwar in beiden von Papinian hervorgehobenen Fällen, sowohl wenn er die **contra tabulas bonorum possessio** anstellt (**qui possessionem** [188]) **accepit**), als auch wenn er, gleichfalls seine testamentarische Stellung beibehaltend, als civiler Testamentserbe [189]) auftritt (**vel iure civili contentus non accepit scil. bonorum possessionem**) [190]).

---

pinian habe hier „einen nicht mehr bekannten besondern Fall", weshalb der Jurist so interpretirte, vor Augen gehabt.

186) *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 68 a. E.

187) Uhrig a. a. O. § 40.

188) Daß hierunter die c. t. b. p. verstanden werden muß, ist seit der Glosse die herrschende Meinung. Schulting z. B. vereinigt, an Cujacius sich anschließend, das fr. 8 § 1 desselben Titels mit unserer Stelle dadurch, daß er von dem in jener Stelle hervorgehobenen Falle sagt: Illic ex testamento adiit.

189) Es scheint nach den in Note 191 erwähnten Stellen richtiger, wie es auch Leist die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 1 S. 144 thut, die civile Testamentserbfolge anzunehmen, als mit den meisten Interpreten (z. B. Pothier zu dieser Stelle Nr. 22) die Intestaterbfolge unter dem Ausdrucke iure civili contentus zu verstehn, in welchem Falle freilich gar nicht von einem Behalten der Prälegate die Rede sein konnte fr. 7, fr. 10 § 1 D. si quis omissa 29, 4.

190) Dadurch erwirbt er höchstens eine eben so große Quote der Erbschaft, als welche ihm durch die Anstellung der contra ta-

Seine Prälegate fallen also in dem unserm fr. 22 zu Grunde liegenden Falle deshalb ganz fort, weil er im ersten Falle durch die Nachsuchung der **contra tabulas bonorum possessio** die Prälegate stets verwirkt [191]), und weil im zweiten Falle schon durch die ursprünglich im Testamente festgestellte Erbportion dem eingesetzten Sohne wenigstens seine volle Intestatportion zugewiesen war. Nach dieser Annahme ist es auch nicht nöthig, mit der Glosse zu den Worten **legata praecipua non habebit** zu suppliren: **ultra virilem portionem** [192]), weil zuerst die Legate gestrichen werden und erst dann [193]), wenn die im Testamente angegebene Erbportion die **virilis** übersteigt, auch diese zum Theil fortfällt [194]).

Dem testamentarisch berufenen Erben ist es vollkommen verstattet, die Erbschaft auszuschlagen und nur das ihm hinterlassene Legat in seinem ganzen Umfange einzufordern, wenn gegen dieß Testament die **contra tabulas bonorum possessio** erhoben wird [195]). Eigenthümlich ist dieser Fall gestaltet hinsichtlich der mit der **legati petitio** zu belangenden Person im

---

bulas bonorum possessio hätte zu Theil werden können (fr. 6, fr. 16 De legatis praest. 37, 5), also nur dann seine im Testamente ihm ausgesetzte Erbportion ganz (fr. 14 pr. De b. p. c. t. 37, 4), wenn die testamentarische Portion weniger beträgt, als die virilis fr. 5 § 7, fr. 15 § 2 De legatis praest. 37, 5. Anders wenn er commisso per alium edicto gleichfalls die c. t. b. p. nachgesucht hätte fr. 8 § 14 De b. p. c. t. 37, 4.

191) fr. 18 § 1 De b. p. c. t. 37, 4; fr. 5 § 2 De legatis praest. 37, 5.

192) Schon *Cuiacius* Comm. in lib. V resp. Papin. zu diesem fr. 22 hat sich gegen diese Supplirung der Glosse erklärt.

193) Da ja die Ernennung zum Erben das Ehrenvollere ist.

194) fr. 5 § 6 De legatis praest. 37, 5.

195) fr. 3 § 7, fr. 4 D. eod.

fr. 18 De legatis praestandis [196]). **Der Erblasser, welcher zwei Söhne, einen suus und einen emancipatus, und von** dem Letztern noch einen Enkel in seiner Gewalt hat, setzt seine beiden Hauskinder zu gleichen Theilen zu Erben ein, hinterläßt aber dem Enkel in der Gewalt noch ein Legat. Da dessen Vater die **contra tabulas bonorum possessio** erhebt, so schlägt der Enkel die Erbschaft aus, zufrieden mit seinem Legate, das er aber nicht von seinem Oheim [197]), sondern nur von seinem Vater, und zwar nur bis auf die Hälfte seines Erbtheils (ein Viertel der ganzen Erbschaft) einfordern darf, weil, wie Afrikanus in der folgenden Stelle, im **fr. 19** desselben Titels, hinzufügt, er mit seinem Vater zusammen sich in die eine Hälfte der Erbschaft vermöge des Edikts **de coniungendis cum emancipato liberis** hätte theilen müssen, er also nicht mehr als diese **virilis portio** durch die **contra tabulas bonorum possessio** würde haben bekommen können [198]).

Zu allgemein behauptet Hert [199]), daß ein Prälegat nicht aufgehoben werde, wenn das Testament, worin es hinterlassen war, durch ein nachgebornes Hauskind rumpirt ist; denn man muß unterscheiden. Bei einem solchen Testamente kann ent-

---

196) Nepos, qui in potestate mansit, et filius suus heredes instituti sunt; nepoti legatum dedit; pater eius emancipatus petit bonorum possessionem, nepos legato contentus est; quidam in eum solum, qui in potestate esset, legati actionem nepoti dandam responderunt, quia ei nihil auferatur, et emancipatus partem filii sui occupet, in qua onus legatorum non consisteret. Sed rectius dicetur, in emancipatum solum dandam actionem nepoti, et quidem non ultra quadrantem.

197) der wahrscheinlich auch die **contra tabulas bonorum possessio** nachgesucht hatte. Uhrig über die Wirkung der **b. p. c. t.** S. 29.

198) Francke das Recht der Notherben S. 156.

199) de praelegatis § 24.

weder die Form der Ausschließung oder die gehörige Motivirung derselben vermißt werden, und darnach kann es entweder nur im Punkte der Erbeseinsetzung [200]) oder seinem ganzen Inhalte nach [201]) unwirksam werden.

Repudiirt der Erblegatar nicht die Erbschaft, sondern nur das Prälegat, was ihm durchaus freisteht [202]), so verliert er es entweder ganz, was der Fall ist, wenn er Collegatarien hat, oder nur theilweise. Das Letztere geschieht, wenn er keine Collegatarien hat, indem alsdann die von seiner Erbportion zu leistende Quote des Prälegates **hereditario iure** bei ihm zurückbleibt, so daß es als ein Verzicht auf das Prälegat angesehn wird, wenn der mit dem Prälegate bedachte und von dem Dasein des Prälegates unterrichtete Erbe wissentlich auch das Prälegat zur Theilung stellt [203]). Im ersten Falle ist es ganz gleichgiltig, ob die Collegatarien Miterben oder Fremde waren. Nur der Unterschied wird hierdurch bewirkt, daß, wenn die Collegatarien Miterben sind, das Vermächtniß trotz der Repudiation des Einzelnen als Prälegat besteht, wenn aber die Collegatarien Fremde sind, das anfängliche Prälegat jetzt zum simpeln Legate wird.

Eine solche Repudiation wird häufig in dem Falle vorkommen, daß die legirte Sache dem mit ihr Honorirten gar

---

200) Seuffert Pandekten § 661 Note 2. Vgl. v. Buchholtz in Marezoll's Zeitschrift Bd. 13 S. 356. Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 37 S. 352 ff., Bd. 39 S. 5.

201) § 1 I. de exhered. liber. 2, 13: testamentum agnatione postumi totum infirmatur; c. 1 C. de postumis hered. 6, 29.

202) Was jedoch erst nach dem dies legati cedens Erfolg hat fr. 45 § 1 De legatis II. 31.

203) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 4 consil. 545 nr. 34: Praelegato censetur renunciatum, quando ille cui relictum fuit scienter dividendo hereditatem dividit etiam praelegatum.

keinen Vortheil gewährt. Denn ipso iure ist natürlich in einem solchen Falle das Vermächtniß niemals ungiltig [204]), sondern es hängt sein Fortbestehn von der Erklärung des damit Honorirten ab. Ist das Legat von der Beschaffenheit, daß sein Object unmittelbar auf den Legatar übergeht, so wird es durch das Ausschlagen des Legatars rückwärts vernichtet [205]); ist es von der Qualität, daß es erst durch eine Leistung des Erben zu Stande kommt, so wird es durch die Zurückweisung der Leistung dem Vermögen des Legatars stets fremd bleiben.

Können wir nun diese Grundsätze ohne Weiteres auf die Prälegate anwenden? Es scheint nicht, trotz dem daß in c. 16 C. de fideicommissis das ganze Prälegat mit praeceptionis compendium [206]) bezeichnet wird; sondern wir müssen hier die Legatstheile und die Erbquote im Prälegate unterscheiden. Für die erstern gilt allerdings das von den simpeln Legaten Gesagte durchaus; keineswegs gilt aber dasselbe auch von der auf der eigenen Erbportion haftenden Quote des Prälegates.

204) Im fr. 65 D. ad legem Falcidiam 35, 2 wird ein solches Legat inutile et magis ridiculum genannt. Vgl. fr. 1 § 10 D. eod.

205) fr. 86 § 2 De legatis I. Si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur.

206) Böcking Grundriß zu Vorlesungen über das gemeine civile Erbrecht. Bonn 1848 § 130. 1. Zu weit geht hier *Maranus* ad l. 24 C. fam. herc. Opera ed. *Trotz* p. 596, indem er unter dem Ausdrucke praeceptionis compendium nicht das ganze Prälegat versteht, sondern nur die Theile desselben, welche der Honorirte von seinem Miterben bekommt, weil er regelmäßig als Fiduciar diese Theile nicht zu restituiren verpflichtet sei. Jedoch trifft diese Regel bei dem in dieser Coderstelle erörterten Falle nicht zu, indem hier quidquid ex hereditate ad eum pervenit, also (achtzehntes Capitel Note 30 ff.) das ganze Prälegat zu restituiren ist. Es ist daher hier compendium dieselbe Umschreibung wie im fr. 70 De cond. et demonstr. 35, 1 commodum legatorum.

Denn nur das Legat und nicht die Erbschaft heißt **donatio a defuncto relicta** [207]), weshalb also nur in jenem und nicht in dieser für den Honorirten ein wirklicher Vortheil enthalten sein darf. Der Erbtheil des Prälegates gilt natürlich dem Prälegatar **ipso iure** zugleich mit dem Antritt oder dem sonstigen Erwerbe der Erbschaft als zugefallen.

Ein Verzicht auf das Prälegat liegt in dem Falle vor, wenn Jemand, gebeten, die Erbschaft **praecepta certa re vel quantitate** zu restituiren, die Restitution ohne einen solchen Abzug vollführt [208]). Denn daß in einem solchen Falle keine Schenkung vorliegt, lesen wir ausdrücklich im **fr. 5 § 15 De donat. inter virum et uxorem** [209]). Da nun der Wille zur Ausschlagung des Prälegates sich direkt und indirekt äußern kann, so sind darüber Zweifel möglich, ob das Prälegat angenommen oder ausgeschlagen sei. So namentlich entstand die Frage, ob in der von allen Erben geschehenen Verpfändung und in der ihr folgenden Veräußerung der prälegirten Objekte durch den Gläubiger ein Verzicht auf die Prälegate liege. Ein Vater, so erzählt Scävola [210]), hat seine vier Söhne zu glei-

---

207) Man vgl. jedoch **fr. 30 pr. D. ad legem Falcid. 35, 2** und **Schilling** Institutionen u. Geschichte des Römischen Privatrechts § 349 Note b.

208) **fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: quum praecepta aliqua re aut summa rogatus sit heres restituere, et omissa retentione totam hereditatem restituerit, recte dicitur, transferri actiones.**

209) Die Worte im achtzehnten Capitel Note 92. Vgl. **Savigny** System Bd. 4 S. 84 Note g.

210) **fr. 89 § 4 De legatis II. 31. Quatuor filios aequis partibus instituit, et fundum per praeceptionem singulis legavit; filii, quum uniaersa bona patris obligata essent, mutuo accepta pecunia hereditario creditori solverunt, et posteriori obligaverunt; qui quum ei debitum non solveretur, praedia universa lege pignoris uni ex heredibus vendidit; quaeritur, an, quum iste filius ex causa em-**

chen Theilen zu Erben eingesetzt, und Jedem ein Grundstück prälegirt [211]). Das ganze väterliche Vermögen war verpfändet; die Erben borgen gemeinsam Geld, um diesen Pfandnexus aufzuheben; sie müssen aber, da es ihnen an persönlichem Credit fehlt, dem neuen Creditor gleichfalls das gesammte ererbte Vermögen verpfänden. Als die Zahlung der von ihnen contrahirten Schuld zur gehörigen Zeit ausbleibt, verkauft der Creditor die vier prälegirten Grundstücke zusammen [212]) an einen der Erben, welcher so viel zahlt, als die ganze Schuld beträgt [213]). Nun wird gefragt, ob nach diesen Vorgängen noch die Miterben ihr Recht aus dem Vor-

---

tionis ea possideat, fratribus et coheredibus fideicommissi petitio esset, an vero ea peremta esset, quum communiter universa sequenti creditori obligaverint. Respondi, actionem quidem fideicommissi in personam competentem omnibus invicem manere, non autem fideicommissum restituendum est, nisi prius debitum ab iis emtori, eidemque coheredi persolveretur.

211) Es sind vier Grundstücke, nicht eins und dasselbe, für alle vier Erben prälegirt. Die Glosse erklärt Beides für möglich. Aber gegen die letzte Annahme spricht einmal, daß dasselbe Prälegat für alle Kinder in diesem Falle unnütz hinterlassen wäre, da sie alle auf gleich große Erbportionen instituirt sind. Besonders aber spricht gegen diese Annahme und für die unsrige der Ausdruck singulis (fundum legavit), endlich noch daß im Verfo'ge der Darstellung von universa praedia die Rede ist. *Cuiacius* stellt im Comm. in Digesta 10, 2 ad l. 25 § 7 die sehr wahrscheinliche Ansicht auf, daß der Vater eine vollständige Vertheilung seiner Erbschaftssachen unter die vier Kinder vorgenommen habe. Vermuthlich machten die vier prälegirten Grundstücke den Hauptbestandtheil der Erbschaft aus. Daher erklärt sich auch, daß *Cuiacius* von dem spätern Verkaufe des Creditor bemerkt: omnia bona vendit suo iure i. e. iure pignoris.

212) Bachofen das Röm. Pfandrecht Bd. 1 S. 224.

213) Dieß muß man annehmen, weil sonst der Ausdruck debitum unpassend von Scävola gebraucht wäre. Natürlich ist hierdurch auch der Pfandnexus an den übrigen ererbten Sachen aufgehoben.

vermächtnisse gegen den Käufer geltend machen können. Diese Frage beantwortet Scävola mit folgender Unterscheidung. Die Klage aus dem Prälegate wird ohne Erfolg gegen den kaufenden Bruder angestellt, wenn die drei Kläger nicht drei Viertel der von ihrem vierten Bruder gezahlten Schuld an denselben entrichten, weil bei solcher ausbleibenden Zahlung die **doli exceptio** ihrer **fideicommissi petitio** [214]) entgegengestellt werden kann [215]). Mit Erfolg werden sie aber diese persönliche Klage gegen den kaufenden Bruder durchführen, sobald sie die auf ihre Erbtheile fallenden drei Viertel der Schuld, welche er als Kaufpreis für die vier Grundstücke gezahlt hat, an ihn entrichten [216]). Die Versuchung liegt hier nahe, anzunehmen, daß diese Klage aus dem Fideicommisse stets eine erfolglose sein müßte, da der Miterbe den Klägern die **iusti dominii exceptio** [217]) entgegenstellen könnte, und weil ferner die **familiae herciscundae actio**, die eigentliche Klage der Prälegatare, nur gegen Besitzer gehn kann, welche **pro possessore** oder **pro herede** besitzen, nicht aber gegen Besitzer **pro emtore** [218]), und zu solchen gehört in diesem Falle doch der besitzende Miterbe. Diesen letzten Zweifelsgrund sucht Cujacius dadurch zu entfernen, daß er fingirt [219]), es verwandle

214) Daß hier nicht die familiae herciscundae actio, sondern nur die genannte Klage aus Billigkeit zulässig sei, vertheidigt *Maranus* ad l. 91 D. 35, 2 Opera ed. *Trotz* p. 577.

215) *Cuiacius* Comm. in lib. IV respons. *Scaevolae* ad l. 89 § 4 D. 31.

216) *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis II ad fr. 89 § 4: si ei debitum offerant vel pretium, quo recuperavit ea bona, iure dabitur eis fideicommissi petitio.

217) fr. 16 De publiciana 6, 2.

218) fr. 25 § 7 D. fam. hercisc. 10, 2; *Cuiacius* Comm. in Dig. ad h. l.

219) worin wir ihm nicht beistimmen können.

sich, sobald der besitzende Miterbe die drei Viertel der Schuldsumme erhalten habe, seine **pro emtore possessio** in eine **pro herede possessio**. Richtiger aber scheint sich diese auffallende, offenbar auf Billigkeitsrücksichten [220]) beruhende Entscheidung, daß der Käufer die einmal gekaufte Sache mit einer persönlichen Klage herausgeben muß, auf folgende Weise zu erklären. Scävola schreibt: **praedia universa lege pignoris uni ex heredibus vendit**, d. h. er verkauft die Grundstücke nach einer der Verpfändung hinzugefügten Nebenverabredung [221]). Worin bestand nun aber diese letztere? Wahrscheinlich darin, daß der Käufer alle ererbte Sachen oder doch wenigstens die vier prälegirten Grundstücke nur an einen der vier Erben verkaufen durfte [222]), oder daß diesen vier Erben, wenn es zum Verkaufe kam, ein Vorzugsrecht zustand. Außerdem aber setzte sicherlich der Jurist einen stillschweigenden Vertrag zwischen den Erben voraus, wornach derjenige unter ihnen, welcher als Käufer auftreten würde, sich in Beziehung auf seine Miterben nicht als Käufer, sondern nur als Pfand-

220) *Maranus* a. a. O.: facit ratio aequitatis et bona fides.

221) Die richtige Ansicht über die Bedeutung von lex in dieser Stelle haben *Dirksen* Manuale iuris v. lex § 8 und Sintenis Handbuch des Pfandrechts S. 525; vielleicht auch *Maranus* a. a. O. lege i. e. conventione pignoris, während Westphal von Verm. und Fideikomm. S. 107 und Treitschke in der Deutschen Uebersetzung des Corpus iuris civilis Bd. 3 S. 340 Jener mit „nach Art des Pfandrechts," Dieser mit „vermöge seines Pfandrechts" die Worte minder richtig wiedergeben.

222) Vgl. Madai die Lehre von der Mora S. 464. Das hier geschlossene pactum war folgendes: coheredes, cum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo, vel eius successori venderet; quodsi quis aliter fecisset, poenam invicem stipulati sunt. fr. 122 § 3 De V. O. 45, 1 (ebenfalls von Scävola).

Digitized by Google

besitzer ansehn durfte, der gleichsam durch Cession an die Stelle des frühern Pfandbesitzers getreten sei [223]). Analog hiezu ist die Entscheidung im fr. 59 § 1 D. mandati [224]). Der eine Erbe ist hier als Geschäftsführer für die übrigen Erben aufgetreten, indem er den Kaufpreis zur Erhaltung der Sache für Jene gezahlt hat. Hieraus geht also hervor, daß durch die Verpfändung der prälegirten Objekte von Seiten der Prälegatarien und durch die darin liegende eventuelle Veräußerung keineswegs ein Verzicht auf das Prälegat liegt [225]), gesetzt auch, daß diese Veräußerung an einen Prälegatar wirklich erfolgt ist [226]).

In der ausdrücklichen Verstattung, das prälegirte Objekt zu verkaufen, scheint allerdings ein Verzicht auf das Präle-

223) Westphal a. a. O.: die Vermächtnisse behielten ihre Kraft, weil die Sache noch in eben der Lage geblieben war, in welcher sie beim Absterben des Erblassers gewesen. Der zweite Gläubiger war nur in die Stelle des erstern, und der Miterbe in die Stelle des zweiten getreten.

224) Paulus respondit, fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris, ablato omni debito, restituere cum fructibus cogendum; neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat. Aehnlich lautet fr. 59 De fideiussoribus 46, 1: Paulus respondit, fideiussorem, in quem pignora a confideiussoribus data translata sunt, non emptoris loco substitutum videri, sed eius qui pignora accepit. Auf die Analogie dieser Stellen, so wie der c. 1 C. de dolo malo 2, 21 hat schon die Glosse aufmerksam gemacht. Während im fr. 59 die doli actio zwischen Mitbürgen für zulässig erklärt wird, ist hier die doli exceptio zwischen Miterben gestattet. *Cuiacii* Comm. in Dig. 10, 2 ad l. 25 § 7. Vgl. noch Bachofen das Röm. Pfandrecht Bd. 1 S. 535.

225) *Pothier* Pandectae lib. 30. 32 nr. 371: videntur hoc fecisse magis animo dimittendi priorem creditorem, quam animo repudiandi legata sibi relicta.

226) *Maranus* ad l. 91 D. 35, 2 Opera ed. *Trotz* p. 577.

Digitized by Google

gat zu liegen [227]), ebenso in der Erklärung des Prälegatars, der zugleich Fiduciar ist, die Trebellianische Quart abziehn zu wollen, ohne darin die prälegirte Sache einzurechnen, welche weniger als die Quart beträgt [228]).

Während wir bisher die Fälle betrachtet haben, in welchen das Prälegat zu Grunde geht, weil es an dem Willen des Prälegatars liegt, daß er es nicht erwirbt, reihen wir nun solche Fälle an, in denen der Prälegatar das Prälegat nicht zu erwerben im Stande ist. Diese Gründe können theils zufällige sein, die sich in der Person des Erblassers [229]) oder des Belasteten oder des Prälegatars, oder in dem legirten Objekte ereignen, theils können sie in dem Willen des Testators liegen, namentlich durch Ademtion oder Translation des Vermächtnisses von seiner Seite herbeigeführt sein.

Wenn ein anomales Prälegat angeordnet war und der einzelne damit belastete Erbe wegfiel, so wurde das Vermächtniß erfolglos, wenn der damit Honorirte der einzige Erbe blieb; wenn aber derselbe noch Miterben behielt, so vertheilte sich die Last des Vermächtnisses unter diese und den Honorirten selbst, nach Verhältniß ihrer Erbtheile, wenn nicht der Erblasser deutlich zu erkennen gegeben hatte, daß mit dem Weg-

227) arg. fr. 120 § 1 De legatis I omnibus quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus nullam fideicommissi petitionem superfuturam.

228) arg. § 3 I. quib. mod. test. infirm. 2, 17; fr. 29, fr. 90 D. ad legem Falcid. 35, 2. Vgl. das neunzehnte Capitel Note 76 ff.

229) z. B. wenn er die sog. aktive testamenti factio verliert, Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 301, in welchem Falle Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 425 von eigentlichen inutiliter relictis legatis spricht.

230) fr. 61 § 1 De legatis I. 30; c. un. § 9 C. de caduc. toll. 6, 51.

falle des Belasteten auch das Vermächtniß wegfallen sollte[231]), und das ursprünglich als anomal angeordnete Prälegat wurde durch den Wegfall jenes einzig Belasteten zu einem regelmäßigen Prälegate. Hat ein Ascendent einem seiner Testaments- oder Intestat-Erben die Einwerfung einer nach den Gesetzen nicht der Collation unterworfenen Sache auferlegt, so haben die übrigen Erben gegen diesen Verpflichteten eine Klage auf die Collation; doch fällt diese und damit das Prälegat fort, wenn er die Erbschaft nicht antritt.

Durch Zufälle in der Person des Prälegatars erlischt das Prälegat, sowohl wenn der Prälegatar vor dem Tode des Erblassers die sogenannte passive testamenti factio verliert[232]), als auch wenn derselbe vor dem dies legati cedens gestorben ist[233]). Hier fällt das Prälegat in Ermangelung von Collegatarien oder Substituten ganz in die Erbmasse zurück, was auch geschieht, wenn der Prälegatar die ihm vermachte Sache gestohlen hat[234]).

Der Tod des Prälegatars kann auch noch auf andere Weise dem Prälegate ein Ende machen. Dieß findet nicht bloß dann unbezweifelt Statt, wenn dem Erben ein Jahrgehalt,

231) Nach älterm Rechte wurde dieß stets angenommen fr. 29 § 1 De legatis II. 31.

232) fr. 59 § 4 De hered. inst. 28, 5; *Pfeiffer* Diss. § 29. Eigenthümlich ist der Fall, daß eine mit einem Prälegate honorirte juristische Person zwar befähigt ist, ein Vermächtniß anzunehmen, nicht aber zu erben. Vgl. das siebente Capitel Note 18. Hier verwandelt sich das Prälegat in ein simples Legat.

233) Consilia Tubingensia Vol. I consil. 105 nr. 19. Dieß sind Fälle, in denen das legatum exstinctum zu nennen ist. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 451; Rechtsfälle des Geheimen Obertribunals zu Berlin Theil 4. Nr. 53.

234) c. 5 C. de legatis 6, 37; fr. 48 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Vgl. das dreizehnte Capitel Note 49.

oder der Niesbrauch an einem Theile der Erbschaft[235]), oder monatliche Alimente hinterlassen sind, sondern auch in dem von Scävola im fr. 21 § 5 De annuis[236]) mitgetheilten Falle. Ein Vater setzt seine beiden Söhne zu gleichen Theilen zu Erben ein; in den Erbtheil des jüngern, noch unmündigen Sohnes rechnet er bestimmte Grundstücke und ein ihm erst nach vollendetem vierzehnten Jahre zu zahlendes Capital ein; der ältere Bruder soll die Zinsen dieses Capitals und die Einkünfte von den Gütern genießen, dafür aber vom zwölften Jahre seines jüngern Bruders an bis zu dessen zurückgelegtem vierzehnten Jahre die Erziehungskosten an die Mutter zahlen, auch die Abgaben für die Grundstücke übernehmen. Darauf stirbt der ältere Bruder, ehe der jüngere das vierzehnte Jahr zurückgelegt hat, mit Hinterlassung eines fremden Erben; und dieser

235) fr. 32 § 8 De usu et usufr. leg. 33, 2: Usumfructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat.

236) Pater duos filios aequis ex partibus instituit heredes, maiorem et minorem, qui etiam impubes erat; et in partem eius certa praedia reliquit, et quum quatuordecim annos impleverit, certam pecuniam ei legavit, idque fratris eius fidei commisit, a quo petiit in haec verba: a te peto, Sei, ut ab annis duodecim aetatis ad studia liberalia fratris tui inferas matri eius annua tot usque ad annos quatuordecim, eo amplius tributa fratris tui pro censu ejus dependas, donec bona restituas; et ad te reditus praediorum illorum pertineant, quoad perveniat frater tuus ad annos quatuordecim; quaesitum est, defuncto maiore fratre, herede alio relicto, utrum omnis conditio percipiendi reditus fundorum anniversaria praestetur, alia, quae praestiturus esset, si viveret Seius, ad heredem eius transierint, an vero id omne protinus ad pupillum et tutores transferri debeat. Respondit: secundum ea, quae proponerentur, intelligitur testator quasi cum tutore locutus, ut tempore, quo tutela restituenda est, haec, quae pro annuis praestari iussisset, percipiendisque fructibus, finiantur; sed quum maior frater morte praeventus est, omnia, quae relicta sunt, ad pupillum et tutores eius confestim post mortem fratris transiisse.

fragt, ob ihm nicht die Nutzungen der Güter bis zu jener Zeit zuständen. Dieß leugnet Scävola, weil man annehmen müsse, daß in diesem Falle der Vater den ältern Bruder nur in der Eigenschaft eines gesetzlichen Vormundes mit jenen Vortheilen bedacht habe. Da nun die Vormundschaft mit dem Tode des ältern Bruders, des Prälegatars, ihr Ende erreicht, so mußte der Genuß der Güter jetzt an die neuen Vormünder des jüngern Bruders kommen, gerade wie derselbe diesem selbst nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre hätte überantwortet werden müssen [237]). In der That aber müssen wir behaupten, daß hier für den ältern Bruder und Vormund kein wahres Prälegat vorliegt, sondern daß er nur als eine Art von Testaments-Exekutor angesehn werden kann, so daß, wenn auch der jüngere Bruder bei Lebzeiten des ältern gestorben wäre, die Einkünfte der Güter nicht mehr aus dem Vermächtnisse, sondern zugleich mit den Gütern selbst dem ältern Bruder, als nächsten Intestaterben, zugefallen wären.

Wenn etwa dem Prälegatar die Erbschaft unbedingt, das Prälegat aber bedingt hinterlassen war, und er jene angetreten hatte, so ist zu unterscheiden, ob er ganz allein zu dem Prälegate berufen war oder nicht. Im ersten Falle muß ihm vom Prälegate so viel, als von seinem Erbtheile zu leisten ist, stets und zwar hereditario iure zufallen. Im andern Falle, wenn er Collegatarien hat, werden, wenn nach seinem Tode die Bdingung in Erfüllung geht, diese allein das ganze Vermächtniß in Anspruch nehmen, und zwar als Prälegat, wenn sie Miterben sind, als simples Vermächtniß, wenn sie nicht zugleich zur Erbschaft berufen waren. Fällt aber die Bedingung aus, so wird, wie im ersten Falle, der von seiner Erb-

237) Westphal einzelne Vermächtnißarten § 147.

portion zu leistende Legatstheil seinen Erben **hereditario iure** bleiben.

Nicht vollkommen gleichgiltig ist es, auf welche Weise der Ausfall einer dem errichteten Prälegate beigefügten Bedingung herbeigeführt ist [238]). Hat der Zufall oder der Wille des Prälegatars oder einer dritten nicht belasteten Person diesen Ausfall herbeigeführt, so ist natürlich die Hoffnung auf das Prälegat zerstört. Ist aber der Ausfall der Bedingung durch die Miterben des Prälegatars verschuldet, so wird die Bedingung als in Erfüllung gegangen fingirt [239]). In dem Falle, wenn eine Bedingung ausdrücklich nur der Erbeseinsetzung, und nicht auch dem Prälegate hinzugefügt ist, wird der ohne Zuthun des bedingt Berechtigten herbeigeführte Ausfall der Bedingung niemals die Berechtigung zum Prälegate vernichten. Nur wenn der Berechtigte selbst den Ausfall einer Potestativbedingung dadurch, daß er ihr entgegenhandelt, herbeiführt, kommt es auf die Auslegung des letzten Willens an, ob der Testator jene Bedingung auch auf das Prälegat bezogen haben wollte oder nicht [240]). Ist Jenes der Fall, so wird der Prälegatar mit seiner Forderung auf das Prälegat abgewiesen [241]); ist dieß der Fall, so bleibt es als simples Legat fortbestehn. Auch der Eintritt einer auflösenden Bedingung kann der Fortdauer eines Prälegates ein Ende machen. So lesen wir im fr. 32 § 6 De usufructu legato [242]), daß einer erbenden Tochter der Niesbrauch an der Erbportion ihres

238) *Mueller* promtuarium v. legatum nr. 53 nota z.

239) Savigny System Bd. 3 S. 140 Nr. B Note g.

240) S. oben Note 94 ff.

241) *Voetius* Comm. ad tit. Dig. de adquir. vel omitt. hered. § 38.

242) Die Worte und Erklärung im eilften Capitel Note 15 und Note 40.

blödsinnigen Bruders unter der Modalität hinterlassen ist, daß sie in allen Stücken für ihn sorge, bis er wieder zu Verstande gekommen. Tritt nun dieser Fall ein, so hört der prälegirte Nießbrauch für die Tochter auf.

Ist die Erfüllung der dem Prälegate hinzugefügten Zweckbestimmung zur Zeit des zu entrichtenden Prälegates bleibend unmöglich geworden, so ist das Prälegat, das unter einem solchen unmöglichen **modus** hinterlassen ist, für erloschen zu erklären[243]). Dagegen können wir nicht im Allgemeinen der Ansicht von Hert[244]) und von Thibaut[245]) beistimmen, daß jedes **sub modo** hinterlassene Vermächtniß als aufgehoben gelte, sobald der Testator die Zweckbestimmung, in Beziehung auf welche er das Prälegat hinterlassen, widerruft. Denn die dafür angeführte Beweisstelle **fr. 30 § 2 De adimendis**[246])

---

243) z. B. in einem väterlichen Testamente steht folgende Bestimmung: meinem jüngsten Sohne prälegire ich zu seiner Erziehung tausend Thaler. Als der Testator nach mehreren Jahren stirbt, ist dieser Sohn bereits Beamter. Wenn aber der Testator seinen beiden jüngsten Kindern zur Erziehung tausend Thaler prälegirt hätte und von den beiden so bedachten Kindern wäre die Tochter bereits bei dem Tode des Vaters verheirathet, der jüngere Sohn aber noch der Erziehung bedürftig, so würde in Beziehung auf ihn das Prälegat Bestand haben fr. 88 §. 3 De legatis II. 31. Man kann in solchen Anordnungen eine Verbindung von causa und modus finden, wie im fr. 14 De dote praelegata 33, 4.

244) Consilia et Responsa 224 § 1.

245) Pandekten § 999 Nr. D. (Neunte Ausgabe.)

246) Ab heredibus petierat, ut si in provincia decessisset, sexaginta Lucio Titio darentur, ut is corpus eius curaret in patriam reportari, et adiecerat haec verba: cui concedi volo, si quid ex ea pecunia supererit. Eadem die codicillos ad heredes suos ita scripserat: peto a vobis, ut sive in provincia, sive in via aliquid mihi humanitus acciderit corpus meum curetis, et in Campaniam et in monumentum filiorum meorum reportare. Quaesitum est, an

enthält nicht eine Aufhebung der Zweckbestimmung, sondern eine Translation des Vermächtnisses **a persona in personam**. Nachdem nemlich der Testator verfügt hat, daß, wenn er in der Provinz sterbe, seine Erben dem Titius sechszig zahlen sollen, damit dieser den Leichnam nach Campanien bringen lasse, und daß Titius den etwanigen Ueberrest über die Kosten für sich behalten dürfe, fügt er noch an demselben Tage diesem Testamente ein Codicill bei, worin er seine Erben bittet, selbst dafür zu sorgen, daß, wo er auch immer sterbe, seine Leiche in Campanien, in dem Grabgewölbe seiner Kinder beigesetzt würde. Daß in diesem Falle Titius nicht den etwanigen Ueberschuß über die Transport- und Beerdigungs-Kosten fordern kann, ist klar. Der Grund ist aber nicht der, weil der Testator den Zweck des Vermächtnisses aufgehoben (denn jenen Zweck sollten nun die Erben erfüllen), sondern weil der Testator dem Titius für den Fall, daß er etwas übrig behielt, eine **liberatio** von der **obligatio restituendi reliquum ex mandato**[246a]) hinterlassen hatte. Durch den Auftrag an seine Erben, selbst sein Begräbniß zu besorgen, war deren Pflicht, sechszig an den Titius zu zahlen, von selbst weggefallen, also der Titius in gar keine Schuldverbindlichkeit getreten, von der er liberirt werden konnte, und durch die Translation der Begräbnißpflicht auf seine Erben war dem Titius auch das Recht[247]) genommen, die sechszig zur Besorgung des Begräbnisses von den Erben zu verlangen.

Ist eine mögliche Zweckbestimmung, und zwar nicht blos zu Gunsten des Honorirten dem Prälegate beigefügt, und der mit ihm belastete Prälegatar geräth mit dessen Erfüllung in

---

id quod superfuerit ex sexaginta, a Lucio Titio tacite ademerit? Respondit, ademtum videri.

246a) arg. fr. 8 § 9, fr. 10 § 2, fr. 20 pr. D. mandati 71, 1.

247) arg. fr. 12 § 17, fr. 13 D. eod.

Verzug, so kann der bei der Erfüllung der Zweckbestimmung interessirte Miterbe auf die Erfüllung mit der **condictio causa data causa non secuta**[248]) klagen, und wenn der Beklagte erklärt, daß er die Zweckbestimmung nicht erfüllen werde, so braucht der Belastete entweder gar Nichts zu leisten, oder er ist berechtigt, das schon Geleistete zurückzufordern[249]).

Ein Grund der Ungiltigkeit des Prälegates kann die Unrichtigkeit der ihm hinzugefügten causa sein. Selbst wenn sie nicht in der Form einer Bedingung hinzugefügt ist, in welchem Falle sie stets, wenn sie irrig ist, das Prälegat vernichtet[250]), macht ihre Unrichtigkeit das Prälegat ungiltig, wenn von den Miterben[251]) bewiesen wird, daß, existirte diese causa im Augenblick der Errichtung des Prälegates nicht, der Testator das Prälegat gar nicht angeordnet haben würde[252]). Der Einforderung eines solchen Vermächtnisses steht daher die **doli exceptio** entgegen[253]). Nur wird dieser Beweis in der Regel

---

248) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 410.

249) fr. 75 D. ad legem Falcid. 35, 2 (die Worte im neunzehnten Capitel Note 36), fr. 21 § 3 De annuis 33, 1; fr. 17 De usu et usufr. leg. 33, 2; c. 10 C. de condict. ob caus. 4, 6. *Chesius* de different. iuris cap. 84 §. 3; *Hertii* Concilia et Responsa Resp. 48 p. 115; *Rotae Romanae Decisiones* in Tractatus *Barbosae* 1737 p. 24. Decisio 9 nr. 6. Unter die hier oft schwierige Unterscheidung zwischen conditio und modus vergl. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Preuß. Rheinprovinzen Bd. 29. Cöln 1843. S. 98 ff.

250) fr. 17 § 3 De cond. et dem. 35, 1 vergl. mit §. 31 I. de legatis 2, 20.

251) *Scipio Gentilis* de erroribus testamentorum cap. 8 ed. *Rebhan* p. 69.

252) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 334 f.

253) fr. 72 §. 6 De cond. et dem. 35, 1 plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse; c. 1

sehr schwierig sein[254]), obwohl es Fälle geben kann, wo dieß ohne allen Beweis durch die im Testamente gebrauchten Ausdrücke klar ist[255]). Verwirklicht sich später bis zum Tode des Testators die causa zufällig oder absichtlich, so wird das Legat aufrecht erhalten[256]).

Daß ein Prälegat nicht zur Wirksamkeit gelangen kann, sobald die prälegirte Sache ohne den Willen des Belasteten[257]) zu einer res extra commercium[258]) vor dem Erwerbe des Legates geworden ist, geht daraus hervor, daß ein prälegirter Sklav, dem auch noch zehn hinterlassen sind, und der vor dem Tode des Erblassers frei geworden ist, diese zehn für sich

---

C. de falsa causa 6, 44; *Christinaei* Decisiones Vol. IV Decisio 49 nr. 1.

254) Daher wird es als Regel aufgestellt: deficiente causa impulsiva legatum non deficere. *Hertii* Responsa et Consilia Resp. 595 p. 979; *Bertochii* Promptuarium iuris Tom. II. p. 20 v. legatum nr. 29.

255) fr. 92 De hered. inst. 28, 5. Daß in dieser Stelle modus für causa von Paulus gebraucht ist, bemerkt *Göschen* Vorlesungen über das gemeine Civilrecht §. 795.

256) Wenn daher der Testator gesagt: meinem Vetter, demselben, welchem ich ein Viertel meiner Erbschaft hinterlassen habe, legire ich mein in Mauretanien belegenes Jagdschloß, weil er meine dort lebende Nichte geheirathet, und wenn der Testator nicht gewußt, daß das bestandene Verlöbniß zwischen diesen beiden Personen aufgelöst war, und die Nichte einen Andern geehelicht, so wird doch das Prälegat aufrecht erhalten, wenn die Nichte noch vor dem Tode des Testators eine zweite Ehe mit diesem Vetter des Verstorbenen eingegangen ist.

257) Wenn der Erbe einen legirten locus zum religiosus macht, so ist er zur Entschädigung verpflichtet fr. 53 § 7 De legatis I. 30; fr. 66 § 4 De legatis II. 31.

258) fr. 39 §. 4 D. familiae hercisc. 10, 2 (Worte unten Note 262). Daß die Sache nur für den Legatar extra commercium wird, genügt nicht zum Ungiltigwerden des Prälegates nach der Meinung von *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 42.

selbst einklagen kann[259]). Sobald ferner eine prälegirte specielle Sache auf lukrativem Wege vor dem Eintritt des dies legati cedens Eigenthum des Honorirten geworden ist, gilt seine Forderung aus dem Prälegate als ipso iure erloschen[260]; und eben dasselbe muß gelten, wenn die prälegirte Species nach des Testators Tode ohne Schuld des Miterben durch einen Zufall zu Grunde gegangen ist[261]). Auch erlischt natürlich ein Prälegat, wenn die prälegirte Species zu Lebzeiten des Erblassers untergegangen, z. B. der prälegirte Sklave gestorben[262]), oder bei einer liberatio praelegata die Forderung schon vom Erblasser mit dem Willen das Legat aufzuheben eingezogen ist[263]). Hierher gehört auch der Fall, daß der Erblasser eins von den beiden ihm alternativ schuldigen Objekten prälegirt. Dieß Vermächtniß setzt zu seiner Giltig-

---

259) fr. 91 § 2 De legatis I. 30; die Worte im sechsten Capitel Note 41.

260) Das schon bei Lebzeiten hingegebene Legat verwandelt sich in eine Schenkung unter Lebenden fr. 1 § 5 De dote prael. 33, 4; c. 11 C. de legatis 6, 37; fr. 22 De legatis II. 31. Vergl. fr. 84 §. De legatis I. 30. *Michael Grass* Diss. de traditione relictorum in ultima voluntate a vivo testatore personae honoratae facta. Tubingae 1697. 4 §. 12 p. 18 ff.; W. Sell über die Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum. Zürich 1839. S. 46 ff.

261) arg. § 16 I. de legatis 2, 20; fr. 53 § 9 De legatis I. 30; fr. 22 § 2 De legatis III. 32.

262) arg. fr. 39 § 4 D. familiae herciscundae 10, 2. Duos filios scripsit heredes, et certos homines unicuique eorum praelegavit, in quibus uni Stephanum cum peculio; is vivo testatore manumissus decessit, deinde pater; quaesitum est, an id, quod in peculio habuit Stephanus, priusquam manumitteretur, ad utrosque filios pertineat, an vero ad eum solum, cui cum peculio praelegatus fuerat? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, ad utrosque.

263) arg. fr. 7 § 4, fr. 31 pr. De liberat. leg. 34, 3.

keit voraus, daß gerade dieses Objekt vom Schuldner geleistet wird. Die Leistung des andern Objekts vernichtet das Prälegat[263a]).

Es existirt eine ganz von unabhängig von den Bestimmungen der **lex Falcidia**[264]) geltende Rechtsregel: **legata non debentur, nisi deducto aere alieno aliquid supersit**[265]). Aus derselben folgt, daß in dem Falle, wenn kein Vermögen des Erblassers zur Zeit seines Todes[266]) nach Bezahlung seiner Schulden — wohin auch die vollständige Befriedigung aller seiner Pflichttheilsberechtigten gerechnet werden muß[267]) — übrig bleibt, kein Erbe zur Leistung der Vermächt-

263a) arg. fr. 75 § 4 De legatis I; fr. 50 § 1 De legatis II.

264) Dieß zeigt sich schon darin, daß die Anwendbarkeit dieser Regel eben so für den Erben als für die belasteten Fideikommissarien und Legatarien gilt fr. 114 § 3 De legatis I; fr. 70 § 1 De legatis II; fr. 1 § 17, fr. 17 §. 2 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; ebenso c. 1 Communia de legatis 6, 43, wenn man auferat liest, welche Leseart Herrmann übersehn.

265) fr. 11 § 5, fr. 66 § 1 De ad leg. Falcid. 35, 2; § 1 I. de singulis rebus 2, 24, (*Vinnius* ad h. § nr. 2); fr. 15 De iure codicill. 29, 7; fr. 114 § 3 De legatis I; fr. 70 § 1 De legatis II; fr. 17 De mortis causa donat. 39, 6; fr. 1 § 17 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; c. 15 C. de legatis 6, 37; *Ancharanus* Familiarium iuris quaestionum libri tres. Venetiis 1580. lib. I qu. 4 § 1; *Consilia et Responsa Altorfina* Resp. 95 nr. 15; *Henningi Godeni* Consilia Vitebergae 1645 fol. Consil. 4 p. 189; Schirach im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 2 S. 273, 274. Durch Novelle 1 Cap. 2 § 2 ist diese Regel mit einer Ausnahme versehn. Vergl. Huschke über das Recht des Nexum S. 215 Note 338.

266) *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 8. Gleichgiltig ist es, ob die Insufficienz schon bei Errichtung des Testamentes vorhanden war, oder ob sie erst später bis zum erfolgten Tode des Testators eingetreten ist. *Hertii* Consilia et Responsa Resp. 119.

267) *Hellfeld* Iurispr. for. § 547. Praelegata legitimae

nisse angehalten werden kann. Dasselbe gilt natürlich auch von den Prälegaten[268]). Hat daher der Prälegatar sich bereits eigenmächtig in den Besitz des Prälegats gesetzt, so werden die Miterben wegen des Andringens der unbefriedigten Gläubiger mit dem **quod legatorum interdictum** den Besitz zurückfordern können. Da nun in einem solchen Falle das Vermächtniß in seinem ganzen Umfange nicht zu Rechte besteht, weil ja kein Erbe einen reellen Gewinn aus der Erbschaft hat, so ist es auch einer strengen Ansicht nach nicht möglich, daß dem Prälegatar irgend ein Theil des Prälegates **hereditario** oder **legati titulo** bleibe[269]). Löst der Erbe auf andere Weise die Erbschaftsschulden und behält diese Prälegate zurück, so hat er sie nunmehr durch einen lästigen Titel erworben. Reicht das Vermögen gerade noch hin, den Prälegatar zu befriedigen, so muß das Prälegat geleistet werden[270]), und selbst ohne Abzug der Falcidischen Quart, wenn die Erben

praeiudicium inferre nequeunt, sed quatenus eam minuunt, haud subsistunt. Ebenso erklären sich die *Consilia ICtorum Halensium* Tom. I. 1733. Consil. 128 nr. 9; *Berger* Consilia Consil. 337 arg. 3. Dieß gilt nicht blos von den Geschwistern (s. oben zu Note 146), sondern auch von den Eltern und Kindern des Erblassers. Vergl. das fünfte Capitel der Novelle 115 (die Worte im zehnten Capitel Note 98 ff.), dessen Inhalt Athanasius Scholastikus (nach *Heimbach* Anecdota Tom. I. p. 89) so wiedergiebt: Qui in re certa scriptus est heres, testamentum non subvertit, verum id quod portioni legitimae deest, suppletur. Vgl. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1. S. 686, 687.

268) *Hertius* Diss. de praelegatis § 14.

269) fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5. Si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus, institutiones istas ex re factas nullius esse momenti, d. h. sie haben keinen praktischen Erfolg. § 2 eod.: si aeris alieni ratio urgueat, dici imminutionem fieri. Nettelbladt Prälegate S. 41.

270) arg. fr. 80 De legatis I. 30.

ohne ein giltiges Inventar zu errichten nach erbetener Deliberation die Erbschaft angetreten haben[271].

Ein eigenthümlicher, meist übersehener[272]) Anwendungsfall der eben genannten Regel tritt ein, wenn Jemand Erbe einer solchen Person geworden ist[273]), welche dem Fiskus wegen Abgaben über ihr Vermögen verschuldet ist. In diesem Falle darf der Erbe zwar, nachdem ihm dieß Verhältniß bekannt geworden, sich gegen den Erschaftsantritt restituiren lassen, aber von einem Behalten oder in Anspruch Nehmen der ihm von dem Erblasser noch zugewendeten Prälegate kann gar nicht die Rede sein.

Sollte nach der Versilberung der Erbschaft zum Zwecke der Bezahlung der Erbschaftsschulden sich noch ein Ueberschuß von reinem Vermögen ergeben, aber nicht ein so großer, daß davon das Prälegat ganz dem Honorirten ausgezahlt werden kann[274]), so muß sich entweder der Prälegatar mit diesem Ueberreste begnügen, oder er kann, wenn eine in der Erbschaft befindliche (körperliche) Sache das Objekt des Prälegates bildet, selbst das ganze Prälegat bei der Veräußerung der Erb-

271) c. 22 § 14 C. de iure deliberandi 6, 30. Vgl. Entscheidungen des Preuß. Geheimen Obertribunals. Neue Folge, Bd. 1. Nr. 16 S. 276..290.

272) *Iason* Commentarium in secundam Infortiati partem in tit. de legatis I. ad § si uni nr. 5 führt diesen Fall an.

273) c. 4 C. de omni agro deserto 11, 58. Heredes scripti etiam qui minus idoneis fundis fiscale onus cogantur agnoscere; vel si renuntiandum hereditati putent, cedant his omnibus rebus, quas ex iisdem bonis quocunque titulo et iure perceperint. Die Worte: si quis heres exstiterit beweisen, daß hier von dem Aufgeben einer bereits erworbenen Erbschaft die Rede ist. *Duarenus* (in tit. de legatis I ad fr. 18) dagegen nimmt wahrscheinlich wegen des Wortes repudiare hereditatem eine ganz gewöhnliche omissio hereditatis in diesem Falle an.

274) arg. fr. 80 De legatis I. 30.

schaftssachen erstehn, und ist alsdann nur verpflichtet, aus dem Kaufpreise die Differenz zu zahlen, welche zwischen dem Erlöse der übrigen Sachen und der vollständigen Berichtigung der Erbschaftsschulden stattfindet.

Daß sich auch der Prälegatar, wie jeder Vermächtnißnehmer, unter Umständen statt der prälegirten Sache eine aestimatio rei gefallen lassen muß, versteht sich von selbst[275]). Von den in fr. 71 § 2 De legatis I und fr. 14 § 2 De legatis III dafür hervorgehobenen Beispielen ist hier das, wenn der Eigenthümer die fremde legirte Sache gar nicht verkaufen will, unbestreitbar; ferner wenn der Eigenthümer ein immodicum seu immensum pretium fordert, und der heres accepta hac re die Erbschaft restituiren soll, so steht es dem Restituenten allerdings frei, diese Summe zu zahlen; aber es würde mindestens als lata culpa von seiner Seite gelten, wenn diese Summe ein Viertel der zu restituirenden Erbschaft überstiege und der Fiduciar diesen Mehrbetrag aus der Erbschaft retiniren wollte[276]).

Gleich bei der Errichtung des Prälegats muß dasselbe als nichtig gelten, wenn der letzte Wille, in welchem es sich angeordnet fand, nichtig war[277]); doch konnte hier auch bei einem an Formfehlern leidenden Testamente das Prälegat aufrecht erhalten werden, wenn gleich als simples Legat, in dem Falle, daß der Erblasser den einen Erben beschworen hatte, seinem Miterben jedenfalls ein Vermächtniß zu zahlen, und

275) fr. 40, fr. 114 § 5 De legatis I. 30.

276) fr. 108 § 12 De legatis I. 30; fr. 22 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

277) *Pfeiffer* Diss. § 33; Nettelbladt Prälegate S. 36.

Digitized by Google

dieser so gebetene Erbe als Intestaterbe die Erbschaft erhielt[278]). Als nichtig galt ferner das Prälegat, wenn es an einer deutlichen und bestimmten Erklärung über das Subjekt oder das Objekt[279]) des Prälegates mangelte[280]); ebenso in den einzelnen Fällen, wenn es pro non scripto gelten mußte[281]). Für alle diese und ähnliche Fälle[282]) findet sich in den Quellen keine besondere Beziehung auf die Prälegate.

Sehr häufig tritt der Fall ein, daß die Anfangs giltig angeordneten Prälegate später mit dem Willen des Erblassers ungiltig werden. Dieß geschieht, sobald das ganze Testament oder die ganzen Codicille, worin die Prälegate angeordnet sind, von dem Testator durch ein späteres Testament, oder durch ein die Bestimmungen des früheren Codicilles aufhebendes neues Codicill cassirt werden. Hiefür fehlt es in den Quellen nicht an einem Beispiele[283]). Im fr. 48 pr. De iure

---

278) fr. 77 § 23 De legatis II. 31; Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 302.

279) *Scipio Gentilis* de erroribus testamentorum cap. 11 ed. *Rebhan* p. 93 ff.

280) fr. 2 De his quae pro non scriptis 34, 8; arg. fr. 69 § 4 De iure dotium 23, 3; Mühlenbruch Pandekten §. 779 Note 2 § 784, Note 16; Arndts in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 294; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 329 ff.

281) Hierher kann man diejenigen Legate zählen, von denen es im fr. 51 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 heißt: peti non poterant, was gewiß auch deren etwanige Retentionsbefugniß ausschließt; ebenso die von Berechtigten selbst geschriebenen Prälegate (Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 427), oder turpia legata, oder solche, welche denotandi legatarii gratia geschrieben sind fr. 54 pr. De legatis I. 30.

282) z. B. wenn das Vermächtniß in alienum arbitrium gestellt war; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 314 ff.

283) Einen Fall dieser Art theilt das Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Rheinprovinzen Bd. 5 S. 53 mit. Ein Testator hatte einem von mehreren instituirten Er-

fisci [281]) wird von Paulus folgende Entscheidung mitgetheilt.

ben ein Vermächtniß ausgeworfen, in einem spätern Testamente eine andere Person zum einzigen Erben ernannt, und jenem Prälegatar, ohne das Vermächtniß zu erwähnen, in diesem zweiten Testamente ein simples Vermächtniß hinterlassen. Es wurde in diesem Falle der Widerruf jenes Vermächtnisses vom Gerichte angenommen.

284) Statius Florus testamento scripto heredis sui Pompeii tacite fidei commiserat, ut non capienti fundum et certae pecuniae quantitatem daret, et eo nomine cautionem (scil. domesticam fr. 3 D. h. t. 49, 14) a Pompeio exigi curaverat, se restituturum ea, quae ei per praeceptionem dederat, postea idem Florus facto secundo testamento et eodem Pompeio et Faustino heredibus institutis, nullas praeceptiones Pompeio dederat. Haec persona, quae capere non poterat, se detulerat. Consulti Imperatores a procuratoribus rescripserunt, si non probaretur mutatam voluntatem, praestandum esse fidei commissum; atque ita Pompeius condemnatus desiderabat (d. h. er stellte appellirend die Behauptung auf. Sintenis im Deutschen Corpus iuris zu dieser Stelle) id onus esse hereditatis oportere; quia praeceptiones non acceperat; nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem preseverasse, sed in universo (hier will *Suerin* Repetitae lectiones iuris cap. 42 in *Otto* Thes. T. IV p. 87 ein Punkt machen und mit dem folgenden Worte pronuntiavit einen neuen Satz beginnen; aber die Unrichtigkeit dieser Ansicht hat *Reinold* Variorum liber singularis cap. 39 gezeigt. Der Ausdruck in universo bedeutet nach Reinold richtig Folgendes: auch in der Verpflichtung, die Prälegate dem Unfähigen zu zahlen, habe der Testator seine Ansicht aufgegeben; es sei nicht denkbar, daß der Erblasser gewollt, Statius Florus solle das Fideikommiß zahlen und kein Prälegat haben) pronunciavit, nec testamentum prius exstare. Nec si dedisset in primo testamento, ex posteriore peti potuisse, nisi repetitum (so ist wohl unstreitig mit Accursius, Baudoza und Suerin statt petitum zu lesen) esset. Placuit, quia non probabat sibi datas praeceptiones, (das Komma will Suerin mit Unrecht erst vier Worte später hinter cautione stellen) ex sola sua cautione solum (vielleicht solidum) fideicommissum praestare debere. Auch in dem von Gönner Rechtsfälle und Ausarbeitungen Bd. 1 Nr. 10 mitgetheilten Rechtsfalle kann man sagen: ex sola cautione fideicommissum praestare debere. S. oben das fünfte Capitel Note 2.

Statius Florus hat in seinem Testamente einen seiner Erben, den Pompejus, mit einem Prälegate bedacht, sich aber von demselben in einer besondern Urkunde versprechen lassen, daß er dieß Prälegat einem Unfähigen restituiren werde. Später errichtet der Testator ein neues Testament, setzt zwar (zum Theil) dieselben Personen als Erben ein; doch findet sich das Prälegat darin mit keiner Silbe erwähnt. Der Unfähige klagt nun gegen den Pompejus auf die eine Hälfte des Prälegates[285]), und in höchster Instanz wird entschieden, daß, weil das erste Testament durch das zweite, in dem sich Nichts von einem Prälegate erwähnt finde, rumpirt sei, von einem Prälegate gar nicht die Rede sein könne[286]).

Am zahlreichsten sind die Beweisstellen dafür, daß durch Ademption ein Prälegat aufgehoben werden könne[287]). Diese kann nun entweder ausdrücklich vom Testator vollführt sein oder auf indirektem Wege[288]) erkannt werden. Für das Erste

---

285) Denn diese durfte er, weil er sich selbst deferirt hatte, in Anspruch nehmen. *Cuiacii* Comm. in Dig. lib. 49. tit. 14. l. 48.

286) Nichtsdestoweniger wurde in diesem singulären Falle Pompejus durch den von ihm ausgestellten Schuldschein verpflichtet, die eine Hälfte der Summe des Vorvermächtnisses an den Unfähigen, die andere Hälfte an den Fiskus zu zahlen, *Pothier* Pandectae lib. 28 tit. 3 nr. 10.

287) Einen hierher gehörigen Fall im fr. 27 § 1 De legatis III. 32 haben wir bereits im Eingange dieses Capitels zu Note 21 ff. behandelt.

288) z. B. wenn der Testator das prälegirte Objekt in der Absicht, das Legat aufzuheben, ganz umschafft arg. fr. 44 §§ 2, 3, 4 De legatis I. 30; fr. 88 § 3 De legatis III. 32. Die Absicht ist nach den ersten drei citirten Paragraphen das Entscheidende, wie auch Thibaut Pandekten § 999 B (Neunte Ausgabe) anerkennt, nicht die Art und Weise der Umschaffung, daß die Sache nicht wieder in ihre vorige Form gebracht werden kann, wie Höpfner Commentar § 588c. Not. 4 will.

liefert uns Scävola im fr. 39 § 2 De legatis III[289]) ein Beispiel. Eine Frau setzt ihre beiden Töchter, jede zur Hälfte, zu Erben ein. Der einen Tochter legirt sie ein Grundstück zum Voraus, legt ihr aber dafür auf, um die Gleichheit zwischen beiden Kindern zu erhalten[290]), der Schwester zwanzig zu leisten. Später[291]) bittet sie die Prälegataria, die Hälfte des prälegirten Grundstücks derselben Schwester zu geben[292]). Dadurch, daß die anfänglich mit dem Prälegate des Grundstücks honorirte Schwester später die Hälfte des Prälegates ihrer ebenfalls zur Hälfte erbenden Schwester der Bitte ihrer

---

289) Duas filias aequis ex partibus heredes fecerat; alteri fundum praelegaverat, et ab ea petierat, ut sorori suae viginti daret; ab eadem filia petiit, ut partem dimidiam fundi eidem sorori restitueret. Quaesitum est, an viginti praestari non deberent. Respondi, non esse praestanda.

290) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 39 § ult. Eine gleiche Absicht findet sich in fr. 25 De adimendis 34, 4 und im fr. 12 De cond. et dem. 35, 1: ut conditio filiorum exsequaretur.

291) Von der ersten Anordnung heißt es: praelegaverat et petierat, von dieser zweiten: petiit.

292) Die nach dem Tode der Mutter entstandene Frage, ob das Fideikommiß der Zwanzig bestehe, welche von Scävola verneint wird, gehört nicht hierher, da diese Zwanzig, obwohl sie einer Miterbin hinterlassen sind, doch nicht ihr aus der Erbschaft, sondern aus dem Vermögen des Miterben zu leisten sind, also kein Prälegat ausmachen. Den Grund der Aufhebung dieses Fideikommisses findet *Hertius* Diss. § 23 darin, daß, weil das Prälegat selbst nicht mehr nach dem Willen der Testatrix wirksam sein soll, natürlich auch das dem Prälegate auferlegte Fideikommiß zugleich mit dem Hauptrechte sein Ende erreichen müsse. (*Brunnemanni* Comm. in Pandectas lib. 32 l. 39 i. f.) Richtiger aber erklärt dieß Westphal von Vermächtnissen und Fideikommissen S. 998 daher, daß die Aufhebung des Fideikommisses durch eine vermuthete Translation (die Hälfte des Gutes statt der zwanzig) geschehn sei arg. fr. 6 § 2 De adimendis 34, 4.

Digitized by Google

Mutter gemäß restituiren soll, ist seinem praktischen Erfolge nach das Prälegat gänzlich aufgehoben, da es ja wirklich gleich anfänglich nur zur Hälfte ihr Vortheil brachte, weil ihr die andere Hälfte schon **hereditario iure** gebührte.

Hat der Testator den prälegirten Gegenstand verkauft, so bleibt das Prälegat nichtsdestoweniger bestehn [293]), wenn nicht die übrigen Erben den Beweis führen [294]), daß der Erblasser

293) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 3 consil. 379 nr. 39: legatum non revocatur per alienationem rei legatae necessarium; *Hertius* Consilia et Responsa p. 979 Resp. 595. *Thomasius* Notae ad singulos Inst. titulos ad lib. II tit. 20 macht darauf aufmerksam, daß die gewöhnliche Meinung sehr nachtheilig für den Legatar sei, wornach unterschieden wird, ob freiwillig oder necessitate urgente die Veräußerung des legirten Objekts geschehn sei. In jenem Falle solle das Legat entzogen sein, in diesem nicht. Aber in diesem Falle wird der unverändert fortbestehende Wille des Testators dem Legatar in der Regel nichts helfen, da eine solche gezwungene Veräußerung aus einer Ueberschuldung des Erblassers hervorzugehn pflegt, in welchem Falle es auch an dem Werthe des legirten und veräußerten Objekts in der Erbschaft fehlen wird. In den meisten Fällen hat Thomasius ganz recht, daß Schulden zur Veräußerung nöthigen; es kann ja aber auch bei Grundstücken, z. B. wegen Anlagen von öffentlichen Wegen oder Festungswerken, der Staat zur Veräußerung zwingen.

294) fr. 11 § 12 De legatis III. Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur adimere ei testatorem voluisse; probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam; fr. 22 De legatis II. 31: onus probandi, mutatam esse defuncti voluntatem, ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat; fr. 48 De iure fisci 49, 14: si non probaretur mutatam voluntatem esse, praestandum fideicommissum. *Amaya* Obss. iuris lib. I cap. 16 nr. 40; *Grass* de traditione relictorum in ult. vol. a vivo testatore personae honoratae facta. Tubingae 1697. 4. § 12 p. 20, 21.

diese lästige[295]) Veräußerung in der Absicht[296]) vorgenommen habe, das Legat aufzuheben[297]), gleichviel ob der Gegenstand eine körperliche Sache oder eine Forderung war[298]). Dasselbe

295) Anders bei der Schenkung fr. 18 De adimendis 34, 4, selbst wenn dieselbe nicht rechtsbeständig ist fr. 24 § 1 D. eod. **Holzschuher** Theorie und Casuistik des Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 865.

296) Ein Beispiel, wie sehr die Absicht entscheidet auch bei äußerlich ganz gleichartiger Erscheinung, enthält fr. 98 § ult. De solut. 46, 3. Wenn der Eigenthümer, so heißt es hier, sein Schiff zerlegt hat, in der Absicht, es zu andern Gegenständen zu verwenden, so ist es ein anderes Schiff geworden, gesetzt auch, daß er es aus demselben Material wieder zusammensetzt. Es ist aber dasselbe geblieben, wenn er es in der Absicht zerlegt hat, es aus demselben Material wieder zusammenzusetzen.

297) § 12 I. de legatis 2, 20: Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi, idque Divi Severus et Antoninus rescripserunt. Justinian entscheidet sich bei dem Zwiespalt der Juristen über diese Lehre (vgl. schon Gaius II, 198) ausdrücklich für die uns nicht unmittelbar erhaltene Ansicht von Celsus (*Harpprecht* Commentarii ad § 12 I. de legatis nr. 1), welche auch in einem kaiserlichen Reskripte ihre Bestätigung gefunden. Daß wir dieß Reskript, wie *Schaumburg* de constitutionibus deperditis. Lemgo 1755 ad § 12 I. 20 meint, in der c. 2 C. de legatis, und wie **Burchardi** System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 379 Note 7 S. 1249 annimmt, in der c. 3 C. eod. besitzen, ist beides ganz unbeweisbar. Darnach haben wir die in den Digesten so vielfach nüancirenden Fragmente, insoweit sie nicht durch Distinktionen mit unserer Institutionen-Entscheidung sich vereinigen lassen, als antiquirt zu betrachten. *Haubold* de legato nominis § 10 in seinen Opuscula Tom. I p. 566.

298) fr. 11 § 13 De legatis III. 32: Si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet exstinguere fideicommissum, poterit dici deberi. Nisi forte inter haec interest; hic enim exstinguitur ipsa constantia debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit. Cum tamen

Digitized by Google

wird auch bei einem nur theilweise auf lästigem Wege veräußerten Legate gesagt [299]). Zwar behauptet die Mehrzahl unserer Juristen [300]), die Miterben hätten nur die Veräußerung des prälegirten Objekts [301]) zu beweisen, denn in derselben liege schon die Präsumtion des Widerrufes [302]), der Prälega-

quidam nomen debitoris exegisset, et pro deposito pecuniam habuisset, putavi fideicommissi petitionem superesse: maxime quia non ipse exegerat, sed debitor ultro pecuniam obtulerat, quam offerente ipso non potuit non accipere. Paulatim igitur admittemus, etsi ex hac parte pecuniae (d. h. seines baaren Vermögens) rem comparavit, quam (sc. partem pecuniae) non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommisso, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse. In solchen Fällen kann natürlich nicht auf Cession der Klagen, sondern nur auf den Betrag der Forderung geklagt werden. *Haubold* a. a. O. p. 567.

299) § 12 I. de legatis 2, 20: si vero quis partem rei legatae alienaverit, pars, quae non est alienata, omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

300) *Harpprecht* a. a. O. Nr. 2; *Höpfner* Commentar § 588 Note 5; *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 132; *v. d. Pfordten* Diss. p. 64.

301) z. B. behaupten *Zoesius* Comm. in lib. 34 tit. 4 nr. 19 und vor ihm *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 168 nr. 1 ff., daß bei der Einziehung eines legirten Capitals durch den Erblasser der Legatar zu beweisen habe, derselbe habe es nicht in der Absicht, das Vermächtniß aufzuheben, eingezogen, also z. B. der Schuldner habe die Rückzahlung des Capitals angeboten und der Erblasser habe, da er die Annahme des Geldes nicht verweigern konnte, es deponirt oder andere nützliche Sachen damit angeschafft, oder der Erblasser habe zwar selbst gekündigt, aber nur weil der Schuldner in schlechte Vermögensumstände gerathen, und das Capital für den Legatar aufbewahrt; oder der Erblasser habe zwar ein condemnatorisches Urtheil auf Auszahlung des Capitals erwirkt, aber noch nicht die Exekution nachgesucht.

302) Diese sehr frühe schon z. B. von *Socinus* Consilia 162

tar müsse also den Gegenbeweis führen, daß der Erblasser seinen guten Willen gegen ihn nicht geändert habe. Diese Ansicht scheint jedoch den Quellen nicht gemäß zu sein, namentlich nicht mit der allgemeinen Regel **eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere** [303]), sowie auch nicht mit den bereits citirten Stellen, dem **§ 12 I. de legatis** (Note 299), dem **fr. 11 § 12 § 13 De legatis III** (Note 294, 298) und den noch zu erörternden **fr. 27 § 3 De instructo, fr. 23** und **fr. 25 De adimendis 34, 4** sich vereinigen zu lassen. Im **fr. 23** heißt es nemlich [304]): Ein Vater, der fast

nr. 2 aufgestellte Ansicht ist von *Mascardus* de praesumtionibus Vol. I conclusio 1280 nr. 87 und von *Lauterbach* Colleg. theor. practicum 34, 4 § 9 gehörig gewürdigt worden. Sie beruht hauptsächlich auf der Argumentation einer Stelle von Pomponius, des fr. 8 pr. De legatis I. 30; was hier vom Theile gesagt ist, solle vom Ganzen gelten. Allein eben dieser Pomponius schreibt in fr. 34 § 1 De auro: sciendum si in hoc alienaverit testator inde libram, quod deminuere vellet ex legato, tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni. Da nun diese Einrede von den Erben aufgestellt werden soll, so müssen diese den Beweis der veränderten Gesinnung des Erblassers trotz der von ihm geschehenen theilweisen Veräußerung des Legates führen, so daß ihnen keineswegs wegen der Veräußerung die Präsumtion des veränderten Willens des Testators zur Seite steht.

303) fr. 22 De probation. 22, 3; Glück Pandekten Bd. 21 S. 364 ff.; Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung VI § 7 Nr. 9 Ausgabe von Heffter S. 100. In den Consilia *Antonii Rubei Alexandrini.* Venetiis 1581 consil. 95 nr. 13 wird die Frage untersucht, ob durch Eingehung einer allgemeinen Societät von Seiten des Testators, also durch eine freiwillige Veräußerung ein Prälegat widerrufen sei, aber diese Frage richtig verneint.

304) **Pater inter filios facultatibus divisis, filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit, ac postea de pecunia commodorum possessionem paravit; nihilominus fratres et coheredes sorori fideicommissum praestabunt; non enim absumtum videtur, quod in corpus patrimonii versum est. Quum au-**

sein ganzes Vermögen in Form von Prälegaten unter seine Kinder vertheilt hat, schreibt einer Tochter aus seiner Primipilarforderung gegen den Staat dreihundert Dukaten zu [305]. Er lebt noch lange nach errichtetem Testamente und kauft, nachdem jene mehr als dreihundert Dukaten betragende Forderung ihm eingegangen ist, dafür eine Besitzung. Es fragt sich nun: gebühren nichtsdestoweniger dreihundert Dukaten der Tochter zum Voraus? Papinian bejaht diese Frage mit Hinzufügung des Grundes: **non absumtum videtur quod in corpus patrimonii versum est** [306]), d. h. wäre das aus der Primipilarforderung späterhin eingekommene Geld vom Erb-

---

tem inter filios diviso patrimonio res indivisas ad omnes coheredes pertinere voluisset, ita possessionem ex commodis comparatam dividi placuit, ut in eam superflui pretii filia portionem hereditariam accipiat; hoc enim eveniret in bonis pecunia relicta. Von dieser Stelle nimmt *v. d. Pfordten* Diss. p. 64 nota c. nach dem Vorgange von *Cuiacius* Comm. in lib. 6 resp. Papin. ad h. l. richtig an, daß sie sich auf ein Prälegat beziehe.

305) Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob unter diesem Vermächtniß ein nomen legatum oder eine quantitas legata zu verstehn sei. Die Antwort hierauf ist für die Entscheidung des vorliegenden Falles von Wichtigkeit. Ein nomen legatum kann unter Umständen seine Giltigkeit einbüßen, sobald es durch Zahlung aufgehoben ist § 21 I. de legatis 2, 20 (Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 268), fr. 75 § 2 De legatis I. 30. Anders wenn eine Summe Geldes legirt ist und der Testator nur demonstrationis causa dem Erben eine Anweisung gegeben hat, von woher er am leichtesten die zu zahlende Geldsumme einziehn könne fr. 96 pr. De legatis I. In diesem letztern Falle muß, wenn auch omnes summae in alios usus translatae sunt, jene Summe dem Legatar stets entrichtet werden. J. L. Schmidt Abhandlungen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. 2 Nr. 85. Hier möchte doch wohl das Erste anzunehmen sein.

306) Denselben Grund hat Papinian auch im fr. 72 De legatis II als entscheidend hervorgehoben: non absumitur quod in corpore patrimonii retinetur.

lasser verschenkt oder verschleudert, so könnte von der fortdauernden Giltigkeit des Vermächtnisses nicht gut die Rede sein [307]). Nun aber muß, namentlich da diese dreihundert als Fideikommiß hinterlassen sind, auf den fortdauernden Willen des Testators gesehn werden [308]). Weil jedoch, so fährt Papinian fort, bei der Güterwertheilung des Vaters die Clausel gemacht war, daß die etwa von ihm nicht namentlich vertheilten Vermögensstücke zu gleichen Theilen seinen Kindern zufallen sollen, so darf nicht das Fideikommiß, wie es ursprünglich auf dreihundert Dukaten gestellt war, baar geleistet werden, wenn kein unvertheiltes Geld im Nachlasse sich findet, sondern von der gekauften Besitzung wird ein dreihundert Dukaten werther Theil vorweg der Tochter zugewiesen, und der Restwerth des Gutes kommt zu gleicher Vertheilung unter alle Kinder, so daß auch die Tochter wiederum daran participirt [309]), und zwar deshalb, weil, wenn die legirten Primipilargelder noch ausgestanden [310]) oder baar eingezahlt sich in der Erbmasse vorgefunden hätten, sie gerade auf diese Weise vertheilt worden wären [311]).

Während in dem eben dargestellten Falle sich Papinian

307) fr. 18 De adimendis 34, 4; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 268, 269 sagt sehr richtig: ein Surrogat muß in unserm Falle bestehn.

308) Trotz der ohne Noth geschehenen alienatio nummorum wird doch hier also das Prälegat aufrecht erhalten.

309) c. 21 C. familiae herclsc. 3, 36.

310) Sintenis in der Uebersetzung des Corpus iuris civilis zu dieser Stelle Bd. 3 S. 567 Note 88.

311) Man vgl. das in Note 298 angeführte fr. 11 § 13 De legatis III, wo Ulpian den Unterschied zwischen Sachen- (fr. 15 De adimendis 34, 4) und Geld-Forderungen, die legirt sind, angibt.

für die Aufrechthaltung des Prälegates erklärt [312]), lautet nach der Meinung der allermeisten Interpreten die Entscheidung desselben Papinian im fr. 25 desselben Titels [313]) entgegengesetzt. Ein Testator, so heißt es daselbst, hat zwei Personen zu Erben instituirt; der einen prälegirt er ein Grundstück; einige Zeilen weiter im Testamente prälegirt er der andern Forderungen gegen einen seiner Schuldner, die zusammen gerade den Werth des prälegirten Grundstücks betragen [314]), woraus hervorgeht, nicht etwa, daß es ihn gereue, dem ersten Erben das Prälegat hinterlassen zu haben, sondern vielmehr, daß der andere Erbe trotz des dem Ersten hinterlassenen Prälegates um nichts schlechter gestellt sein soll, als der erste Erbe [315]). Nach einiger Zeit verkauft der Erblasser das prälegirte Grundstück, ohne auf den Prälegatar erzürnt worden zu sein, und stirbt bald darauf. Nach dem Tode des Testators fragt nun der zur Cession der Klagen Berechtigte [316]), ob er dieselbe mit Erfolg fordern könne; und Papinian verneint diese Frage,

312) freilich mit verändertem Objekte, da der fortdauernde Wille des Testators unbezweifelt feststand.

313) Alteri ex heredibus praeceptionem praedii dedit, mox alteri praestari adversus debitorem actiones ad eum finem mandavit, quo praedium fuerat comparatum; quum postea, praedio distracto citra ullam offensam eius, qui praeceptionem acceperat, pretium in corpus patrimonii rediisset, non esse praestandas actiones cohaeredi, respondi.

314) *Pothier* Pandectae lib. 34 tit. 4 l. 25 nr. 12.

315) *Brunnemann* Comm. ad Pandectas ad h. l. Ueber eine solche Absicht des Erblassers ist zu vergleichen fr. 12 De cond. et dem. 35, 1 und fr. 14 De dote praelegata 33, 4 (die Worte siehe im eilften Capitel Note 2 und 9).

316) Es scheint, als wenn der zum Grundstücke berufene Prälegatar sich von selbst beschieden habe, sein Prälegat als ihm entzogen zu betrachten Gaius II, 19, 8; Pauli Receptae Sententiae IV, 1, 9.

ohne daß sich Gründe angegeben finden. Daher fehlt es nicht an verschiedenen Versuchen, diese Entscheidung zu motiviren. Wir wollen zuerst unsere Ansicht vortragen, welche sich dadurch empfiehlt, daß nach ihr auch in dieser Stelle in Uebereinstimmung mit den bisherigen Quellencitaten die Veräußerung das Vermächtniß keineswegs aufhebt.

Gehn wir ganz in das Gemüth des Testators ein, so hat er eine Vorliebe für den Prälegatar des Grundstücks. Ihn begünstigt er zuerst; doch bedauert er es sogleich, durch eine solche Begünstigung vielleicht dem andern Erben wehe gethan zu haben, und darum prälegirt er diesem den Werth jenes Grundstücks in Forderungen [317]). Der Kaufpreis, welchen später der Testator für das prälegirte Grundstück erhielt, fand sich, wie ausdrücklich Papinian hervorhebt, im Vermögen des Erblassers vor [318]); und so konnte, da die Liebe zu dem ersten Prälegatar nicht geändert war, aus diesem rein persönlichen Verhältnisse nicht angenommen werden, daß der Testator die Absicht gehabt, den ersten Prälegatar durch den geschehenen Verkauf in seinem Rechte zu verkürzen, und noch weniger lag in Beziehung auf das zweite Legat ein Grund der Aufhebung vor. Man kann daher sagen, daß beide Prälegate ipso iure neben einander bestehn [319]), das erste freilich nicht mehr mit seinem ursprünglichen Objekte, dem Grund-

317) Westphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 985: Ungleichheit hatte der Erblasser immer vermeiden wollen; *Schulting* Notae ad fr. 25 De adimendis: Testator voluit eos esse aequales.

318) Vielleicht war er noch nicht einmal eingetrieben; er bestand noch als Forderung.

319) arg. fr. 34 § 1 De auro 34, 2: quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, recte dicetur, ut ipso iure heres sit obligatus.

stücke, sondern mit dem Kaufpreise für dasselbe von eben dem Belange als das zweite; daß aber admissa mutua compensatione kein Prälegatar das ihm hinterlassene Prälegat mit Erfolg einzufordern vermag, es also keiner Cession des einen Erben zu Gunsten des andern gegenseitig bedarf. Diese Erklärung halten wir für diejenige, welche am deutlichsten zeigt, wie sehr Papinians Aussprüche im fr. 23 und im fr. 25 De adimendis mit einander in Uebereinstimmung stehn, indem selbst die einzelnen Worte des fr. 25: pretium in corpus patrimonii rediisset mit denen der Entscheidung im fr. 25: non absumtum videtur quod in corpus patrimonii versum est in offenbarer Harmonie sich befinden.

Wir leugnen aber nicht, daß, abgesehn von den bisher angeführten Quellen, von § 12 I. de legatis, fr. 11 § 12 § 13 De legatis III und von dem gleich zu erörternden fr. 27 § 3 De instructo auch eine andere Erklärung der Entscheidung im fr. 25 sehr viel für sich hat, bei welcher man die Regel cessante causa cessat effectus anwendet [320]). Die

320) Auf diese Erklärung wird schon im Casus dieser Stelle von Bartolus hingedeutet; doch gibt dieser Jurist den unserm Fragmente zum Grunde liegenden Fall nicht richtig an. Er sagt nemlich, durch die Zurücknahme eines zum Zwecke der Ausgleichung dem Erben hinterlassenen Prälegates gilt auch das dem andern Erben ausgesetzte Prälegat für widerrufen. Aber das hier zur Ausgleichung hinterlassene Prälegat ist gerade das Prälegat der Forderung, welches in keinem Fall als widerrufen anzusehn ist. Vgl. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 278 Note 2. *Hertius* Diss. § 23 zieht aus dieser Stelle folgende noch allgemeinere Regel: wenn der Testator Einem der Prälegatare das Vermächtniß entzieht, so gilt auch das für den Andern aus derselben Ursache ausgesetzte Prälegat als entzogen, wenn beide Vermächtnisse connex sind. Ebenso früher schon *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 37; und auf ähnliche Weise *Menochius* Consilium 564 nr. 4 und Westphal von Verm. u. Fideik. S. 985.

Digitized by Google

causa des zweiten Prälegates war das erste Prälegat. Dieß hatte durch einen freiwilligen Verkauf seines Objekts der Testator aufgehoben; deshalb mußte auch das andere nur durch die Existenz jenes Prälegates provocirte zweite schwinden [321]). Gegen diese Auffassung ist nur zu erinnern, daß der Verkauf des legirten Objekts, zumal da er hier citra ullam offensam geschehn war [322]), keineswegs immer die Aufhebung des Vermächtnisses involvirt. Denn dafür spricht endlich auch die Auslegung des fr. 27 § 3 De instructo [323]). Ein Patron, so erzählt hier Scävola, hinterläßt seinem Freigelassenen einen Theil seiner Erbschaft, außerdem ein Landgut (fundus Titia-

321) arg. fr. 72 § 6 De cond. et dem. 35, 1.

322) *Cujacius* Comm. in lib. VII resp. Papin. ad l. 23; in lib. IX resp. Papin. ad. l. 25 De adimendis, welcher das im fr. 23 angeordnete Prälegat für bestehend und das im fr. 25 errichtete für aufgehoben erklärt, will den Unterschied der nach seiner Meinung so verschieden ausfallenden Entscheidung Papinians darin finden, daß dort ein Grundstück, hier Geld, also dort eine res certa, hier eine quantitas das Objekt des Prälegates bildet, bei welcher letztern es nicht auf die Species ankommen könne. Diese Unterscheidung, welche Cujacius dadurch zu motiviren sucht, daß leichter ein Gutslegat als ein Geldlegat aufgehoben werden könne, scheint jeder tiefern Begründung zu entbehren.

323) Liberto, quem heredem ex parte rescripsit (s. *Dirksen* Manuale v. rescribere § 1 A.), fundum per praeceptionem dedit in haec verba: Pamphile liberte, praecipito, tibique habeto fundum meum Titianum et agellum Sempronianum cum instrumento et his quae in eodem erunt cum moriar, familiaque quae in eo fundo moratur: exceptis quos manumisero. Quaesitum est, cum testator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat, et partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum in doliis remanens ad libertum ex causa praeceptionis pertineat? Respondit, verbis, quae proponerentur, contineri, nisi manifeste contrariam voluntatem coheredes approbant. Der ausführlichste Commentar zu dieser Stelle ist von *Amaya* Obss. iuris lib. I cap. 16 nr. 39...48.

Digitized by Google

nus) und ein Vorwerk (agellus Sempronianus) mit allem Inventar und Allem, was sich zur Zeit seines Todes darin finden wird. Allen[324]) seinen Wein, von dem ein Theil dort in Gefäßen stand, hatte er verkauft und den dritten Theil des Kaufpreises bereits als Anzahlung erhalten. Dieses Verkaufes ungeachtet spricht Scävola dem Freigelassenen allen Wein zu[325]), wenn nicht die Miterben den vollständigen Beweis

---

324) tolum (scil. vinum) vendiderat. Dadurch zeigt sich die eigene Ansicht Amaya's (a. a. O. Nr. 46, 47), welcher die Ansichten früherer Juristen zum Theil gut widerlegt hat, als irrig. Er nimmt nemlich an, der Testator habe 200 Eimer Wein gehabt, davon habe er die 100 verkauft, welche im Titianischen Gute lagerten, die übrigen 100 wären auf dem Sempronischen Vorwerke in Gefäßen unverkauft geblieben, und nur diese sollten dem Legatar gebühren. Dieß will Amaya so beweisen. Der Jurist sage zuerst, auf dem Landgute sei der Wein in Fässern gewesen und dieser sei ganz verkauft, dann erst spreche er von dem in Fässern gebliebenen Weine, was man daher nicht von den im Landgute befindlichen Fässern verstehn könne, weil die alle verkauft wären, sondern nur von dem Wein im Vorwerke. Dieser müsse unzweifelhaft dem Legatar um des Prälegates willen bleiben, wenn nicht der Beweis der geänderten Meinung des Testators geführt würde. — Wir müßten aber dem Scävola den Vorwurf machen, unerhebliche Umstände in sein Responsum aufgenommen zu haben, wenn Amaya's Behauptung die richtige wäre. Daß der unverkaufte Wein in Fässern dem Prälegatar zugleich mit dem Gute, in dessen Kellern er lag, zukäme, darüber konnte kein gegründeter Zweifel entstehn; und um dieß zu beweisen, wäre es vollkommen unnütz gewesen, daß Scävola noch den Umstand referirte, der Wein auf dem einen Gute sei verkauft, aber noch nicht ganz bezahlt gewesen. Dieser Umstand ist aber nach unserer Auffassung des Falles von der größten Bedeutung; und es ist ja eine bei dem wortkargen Scävola gewiß zutreffende Interpretationsregel, daß kein Wort in seiner präcisen Darstellung als überflüssig anzusehn sei.

325) Die Erben müssen das Bezahlte dem Käufer erstatten und ihn überhaupt schadlos halten. Westphal einzelne Vermächtnißarten § 490.

Digitized by Google

nian [331]). Es hatte Jemand einem seiner Erben ein Prälegat hinterlassen, er wurde aber später diesem Erben und Prälegatar feindlich gesinnt [332]). Um ihm das Hinterlassene zu entziehn, setzt er einen letzten Willen auf, worin des Prälegates gar keine Erwähnung geschieht. Aber ehe dieser letzte Wille solennisirt ist, überrascht ihn der Tod. In diesem Falle soll zwar jener Testamentserbe seine Erbschaftsklagen unverkürzt behalten [333]), da das erste Testament keineswegs als rumpirt gelten kann, aber seine Klage auf Einforderung des Legates soll mit der doli exceptio zurückgewiesen werden [334]). Natürlich bleibt ihm der Theil des Prälegates, den er ohne das unvollständige Testament nach Erbrecht gehabt haben würde, auch jetzt unter demselben Titel.

Ein merkwürdiges Beispiel einer theilweisen, aber von dem Erblasser eigentlich nicht beabsichtigten Ademtion findet sich in fr. 20 pr. De instructo [335]). Es hatte ein Erblasser zu-

331) fr. 22 De adimendis 34, 4: ex parte heres institutus etiam legatum acceperat; cum testator inimicitiis gravissimis persecutus, quum testamentum aliud facere instituisset, neque perficere potuisset, praeteriit; hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali summovebitur. Darüber *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 129.

332) Westphal von Vermächtn. u. Fideik. S. 969 macht hierbei darauf aufmerksam, daß nicht ein Fall der Unwürdigkeit, sondern eine bloße Sinnesänderung des Testators vorliege, indem die Feindschaft gegen den Legatar ganz unverschuldet von dessen Seite sein konnte. Vgl. fr. 12 De his quae ut indignis 34, 9.

333) Weil, wie *Cuiacius* Comm. in lib. 6 resp. Papin. zu dieser Stelle sagt: hereditas ei adimi non potuit nuda voluntate.

334) *Scipio Gentilis* de iure accrescendi cap. 10 p. 105: legata et fideicommissa facillime revocantur; er widerlegt auch andere aufgestellte Gründe dieser Verschiedenheit zwischen ademtio legati et hereditatis. Einen ähnlichen Fall erzählt Paulus im fr. 36 § 3 De testam. milit. 29, 1.

335) Seiae ex parte heredi institutae, si heres erit, fund o

erst in einem Testamente der Seja, welche er zu einem Theile seiner Erbschaft berufen, für den Fall, daß sie seine Erbschaft anträte, ein Prälegat hinterlassen, und zwar instructos fundos zugleich mit den Inspektoren dieser Güter, und den Rückständen der dort wohnenden Leute. Hernach machte er ein Codicill[336]), worin er sagt: mir sind später die Landgüter, welche ich der Seja hinterlassen habe, wieder in den Sinn gekommen; und ich will, daß sie dieselben, auch wenn sie nicht die Erbschaft antritt, so haben soll, wie sie versehn sind mit dem ländlichen Inventar, dem Hausgeräthe, dem Vieh und den Inspektoren, zugleich mit den Rückständen der Bauern und dem

per praeceptionem dederat instructos cum suis villicis et reliquis colonorum; et codicillis ita scripsit: postea mihi venit in mentem, Seiae (Haloander liest Seiam; siehe dagegen *Bynkershoek* Obss. lib. 3 obs. 3) fundos, quos reliqui, ita ut sunt instructi rustico instrumento, supellectile, pecore et villicis cum reliquis colonorum et apotheca habere volo. Quaesitum est, an etiam ea, quae patrisfamilias usus quotidiani causa in fundis fuerunt, legato continerentur? Respondit, testamento quidem, ut poneretur, Seiae insuper (*Cuiacius* Obss. 1, 27 will statt dieses Wortes mit Beistimmung von *A. Faber* Coniecturae I, 7 instructum lesen, ohne durch Handschriften in seiner Meinung unterstützt zu sein. Dagegen haben sich *Raevardus* Variorum lib. III cap. 2 und *Bynkershoek* Obss. III, 3 erklärt. Daß Scävola das nicht häufige Wort insuper für: obendrein sonst gebraucht hat, beweist fr. 5 pr. De nautico foenore 22, 2. Die Behauptung Treutlers, daß insuper legare so viel als per praeceptionem legare bedeute, ist jedenfalls eher haltbar, als der Vorschlag von *Kellinghusen* de legibus nonnullis cap. 19 in *Oelrichs* Thes. Vol. II, Tom. II p. 59 zu lesen id super) fundum legatum; verum non amplius deberi, quam in codicillis, quos sane post oblivionem testamentariae scripturae fecisset, instructi appellatione contineri velle se, manifeste ostendisset.

336) Durch diesen Fall widerlegt sich die unbegründete Ansicht des *Hieronymus Gratus* Responsa lib. II resp. 103 nr. 18 Lugduni 1544. fol.: praelegatum factum filiae in testamento non potest tolli per codicillos.

Magazin. Nun entstand nach dem Tode des Erblassers die Frage, ob alles dasjenige, was zum täglichen Gebrauche des Verstorbenen sich auf den Gütern befand, zum Vermächtnisse gehöre. Diese Frage entschied Scävola dahin: nach dem Testamente waren allerdings die Güter, wie sie stehn und liegen, vermacht; es würden darnach also auch die in Frage stehenden Objekte als mitvermacht gelten; aber nach dem neuern Codicille dürfe das Legat nicht weiter gehn, als der Testator durch seine darin gegebene genaue Specification festgestellt und es enger als im Testamente begrenzt habe [337]). Die oblivio testamentariae scripturae [338]), welche hier Scävola annimmt, ist nicht so zu verstehn, als ob der Testator zu der Zeit, da er das Codicill errichtete, jenes Prälegat ganz vergessen hatte [339]). Denn dagegen sprechen des Testators Worte im Codicille: fundos quos reliqui; aber wenn ihm gleich erinnerlich war, daß er die Güter legirt, so scheint er doch vergessen zu haben, daß er mit dem Ausdrucke instructi die fundi legirt habe.

---

337) *Averanius* Interprett. 3, 24, 8: legatum in testamento relictum attenta complexione verborum restrictius est, quam legatum relictum in codicillis, re ipsa laxius est, quia illud non restringit adiecta species villicorum, sicut hoc restringit tot specierum enumeratio.

338) *Faber* Coniecturae I, 7, *Kellinghusen* a. a. O. p. 58 und Westphal von den einzelnen Vermächtnißarten § 455 wollen hier oblivio in einer diesem Worte ganz fremden Bedeutung für abolitio nehmen, wofür sich Pauli Rec. Sent. V, 17, 1 anführen läßt, und die Conjectur, daß durch das Codicill das im Testamente mit der Bedingung si heres erit versehene Legat in ein unbedingtes verwandelt ist fr. 3 § 9, fr. 6 pr. De adimendis 34, 4. Eine Translation liegt hierin also nach dem Willen des Erblassers nicht, da eine solche immer ein Nehmen, der vorliegende Fall aber ein neues Geben, für den Fall si heres non erit, bezweckt.

339) *Averanii* Interpretationes III, 24, 8: non erat oblitus testator se fundum legasse, sed quomodo et quibus verbis legasset.

Jedoch die Absicht instructi fundi zu legiren schwebte dem Testator zur Zeit der Errichtung des Codicilles ebenso vor, als dieß zur Zeit der Errichtung des Testamentes der Fall gewesen war. Nur schlug er jetzt einen andern Weg ein, seine Meinung zu erklären, als dieß im Testamente geschehn war. Durch eine möglichst vollständige Aufzählung der Accessionen glaubte er seine nicht begangene Unterlassung gut zu machen; er macht aber die Sache schlecht, indem er statt des einzigen vielleicht von einem bei der Testamentserrichtung zugezogenen Juristen gebrauchten Ausdrucks instructi fundi jetzt erschöpfend aufzuzählen versucht, was Alles zu diesen Accessionen der Güter gehöre, wobei er aber doch wegen seiner juristischen Kurzsichtigkeit nicht erschöpfend genug zu Werke gegangen ist[340]. Es ist hier ganz derselbe Fall, von welchem Papinian im fr. 9 pr. De supell. legat. schreibt: cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogetur, oder ein solcher, den Ulpian mit Berufung auf Papinian im fr. 12 § 46 De instructo vel instrumento legato erzählt, wenn Jemand einen fundus ita ut instructus est legirt und später hinzugefügt hat: ich legire das Grundstück mit dem Hausgeräthe oder mit den Sklaven oder mit irgend einer bestimmten Sache, die vorher nicht namentlich angegeben war, so gelte das Legat nicht als verkürzt, sondern dieser spätere Zusatz als überflüssige Zuthat, oder endlich, wie in einem ähnlichen Falle sich Paulus im fr. 32 § 6 De auro ausdrückt: non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio. Daher gewinnt es den Anschein, als können wir annehmen, seit Papinian würden die Juristen

340) Zum Beispiele gehören die Bücherschränke jetzt nicht zu dem Legate, während sie unter den instructis fundis begriffen waren fr. 12 § 34 De instructo 33, 7; *Bynkershoek* Obss. lib. III obs. 3.

den unserm Scävola vorgelegten Fall anders entschieden haben, als es Scävola gethan, welcher noch mehr den Regeln der grammatischen als der psychologischen Interpretation huldigte. Und wir müssen daher, weil die neueste Juristen-Ansicht für das heutige Recht maßgebend ist, überall, wenn ähnliche Fälle vorkommen, nicht die Antwort Scävolas, sondern die von Papinians, Ulpians und Paulus Entscheidungen hergenommene Analogie gelten lassen. Natürlich aber muß Scävolas Ansicht in den Fällen entscheiden, wo die Absicht des Testators vermuthet oder erwiesen werden kann, den frühern Umfang des Legates durch seine neue Disposition verkleinern zu wollen [341]).

Eine Ademtion kann ferner dadurch sich ereignen, daß ein unbedingtes Prälegat in ein bedingtes umgeschaffen wird, und zwar namentlich, wenn eine solche Bedingung hinzugefügt wird, die der Legatar nicht erfüllen kann [342]). Für eine solche Aufhebung des Prälegates fehlt es in den Quellen an einem Beispiele [343]).

Dagegen fehlt es nicht an Beispielen der Translation des

341) *Hunnius* ad Treutlerum Disp. XIII Thes. IV de legatis lit. D. qu. 13 § 2 sagt richtig: Distinguatur, utrum testator ex imperitia praecedentis legati in testamento relicti certas quasdam species in codicillis enumeravit, an vero ex certa demonstratione et generis restringendi definiendique gratia specialem certarum specierum enumerationem subiecerit, ut priore casu non sit legatum restrictum ad certas species, sed species postea enumeratae augeant potius quam imminuant legatum, posteriori vero casu legatum ad species expressas sit restrictum.

342) *Chesius* de differentiis iuris cap. 82 § 3.

343) Im fr. 94 D. ad legem Falcidiam ist wie die Worte desselben zeigen: et adiecit haec verba: sed ea conditione lego, ut etc. (s. das funfzehnte Capitel Note 88), die Bedingung gleichzeitig mit der Errichtung des Prälegates angeordnet.

Prälegates von einer berechtigten Person auf die andere [344]. Jemand setzt, so erzählt Scävola [345]), neben Andern seinen Sohn und seine Frau [346]) zu Erben ein; dem Sohne prälegirt er außerdem zwei Grundstücke mit dem dazu gehörigen Sklavenpersonal und allem Inventar; auch seiner Frau legirt er Mehreres, namentlich zwei Sklaven Stichus und Dama. Nach errichtetem Testamente erfährt er, daß es auf einem dem

344) Zu diesen Beispielen gehört aber nicht fr. 41 § 3 De legatis III. 32, weil hier das specielle Legat, welches Scävola als nicht enthalten in dem allgemeinen Prälegate erklärte, schon in einem frühern Capitel desselben Testamentes angeordnet war. Denn Scävola antwortet: non esse verisimile, eam, quae nihil aliud Felicissimo et Felicissimae, nisi haec, quae specialiter legavit, ad filium, cui et hereditatis suae partem reliquit, legatum generali sermone transferre voluisse. Ebensowenig gehört hierher der von Paulus im fr. 27 pr. De legatis III. 32 mitgetheilte Fall. Die dort belasteten Erben versuchten allerdings einen solchen Fall der Translation da zu finden, wo der Tochter eines Theilerben im Testamente ein Legat von Zehn mit dem Zusatze: cum in familia nupsisset hinterlassen war, da in einem spätern Codicille dem Vater eben dieser Tochter eine gleiche Summe ohne alle Beschränkung hinterlassen war. Allein Paulus referirt, das kaiserliche Dekret sei in diesem Falle dahin gegangen, es solle das frühere Legat der Tochter ganz unabhängig neben dem neuen Prälegate des Vaters fortbestehn. Ebenfalls nur scheinbar gehört das fr. 101 pr. De cond. et demonstr. 35, 1 hierher.

345) fr. 31 pr. De adimendis 34, 4. Filio ex parte heredi instituto duos fundos cum mancipiis et instrumento omni legavit; idem uxori plura legata, et servos Stichum et Damam legavit; sed quum in altero ex fundis filio praelegatis cognovisset, villicum non esse, Stichum misit, et tam rei rusticae, quam rationibus fundi praefecit; quaesitum est, Stichus utrum ad uxorem an ad filium pertineret. Respondit, quum memor erat eorum, quae testamento cavisset, Stichum his praediis, in quae translatus est, actorem cedere, nec uxorem posse Stichum ex fideicommissi causa petere. Man vgl. noch fr. 24 § 1 De adimendis 34, 4.

346) Nehmen wir die Frau nicht als Miterbin an, so liegt nur die Translation eines simpeln Vermächtnisses vor.

Sohne prälegirten Gute an einem Kämmerer fehle; deshalb schickt er den Stichus dahin, und gibt ihm die bleibende Aufsicht über die dortigen ländlichen Geschäfte und über das Rechnungswesen. Durch diese bleibende Versendung des Stichus, sagt Scävola, hat der Testator stillschweigend das Legat des Stichus an die Frau zurückgenommen und den Stichus zu dem Sklavenpersonal desjenigen Grundstückes versetzt, welches dem Sohne prälegirt war, so daß die Frau mit ihrer Klage auf den prälegirten Stichus abgewiesen werden mußte [347]). Noch ein anderes Beispiel der theilweisen Translation des Prälegates auf eine andere Person enthält c. 7 pr. C. de legatis [348]). Jemand hat seinen beiden Brüdern [349]) ein Grundstück per praeceptionem legirt; nach einiger Zeit vermacht er dasselbe auch seinem Sohne. Die Folge davon ist nicht etwa, daß jetzt den beiden zuerst Honorirten das Grundstück gänzlich entzogen ist, denn für diese mögliche Willensänderung [350]) fehlt es in diesem Falle an dem genügenden Beweise, sondern alle drei haben jetzt auf das Eigenthum dieses Grundstücks einen theilweisen Anspruch. Wie wird aber zwischen ihnen die Theilung erfolgen? Daß zwischen jenen beiden ersten Erben allein (wenn sie nicht die einzige und auf ver-

347) Daß hier Scävola nicht strengen Rechtsprinzipien gefolgt sei, behaupten *Athanasius Oteyza et Olano* Paralipomena lib. III cap. 5 in *Meermann* Thes. Tom. I p. 487, *Altamiranus* Tractatus VIII ad lib. VIII Quaest. Scaevolae in *Meermann* Thes. Tom. II p. 493 und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 442, welcher hier eine Ausnahme von der Regel findet, daß eine Translation in derselben Form wie die neue Anordnung eines Vermächtnisses erfolgen muß.

348) Si Fortidianum fundum prius pater tuus fratribus per praeceptionem, ac mox tibi legavit, concursu dominium eius tibi quoque quaeritur.

349) Vgl. das siebente Capitel Note 12.

350) § 1 I. de ademtione legatorum 2, 21.

schiedene Quoten berufene Erben waren) gleiche Theile gemacht werden, ist nach dem Obigen [351]) bewiesen. Wie verändert sich aber dieß Verhältniß durch das Hinzutreten des Dritten? War den beiden Ersten disiunctim legirt [352]), so bekommt nunmehr Jeder ein Drittel; war ihnen coniunctim legirt, so werden sie nun zusammen nur auf die eine Hälfte, der Dritte auf die ganze andere Hälfte Anspruch haben [353]).

Auch fehlt es nicht an einem Falle, wo die Translation dadurch geschieht, daß der Erblasser statt der anfänglich prälegirten Sache später eine andere demselben Honorirten prälegirt. Nach fr. 39 § 2 De legatis III [354]) hat Jemand seine zwei Töchter auf gleiche Theile zu Erben eingesetzt; der ältern hat er ein Gütchen prälegirt und sie gebeten, ihrer jüngern Schwester zwanzig zu geben; später bittet er dieselbe ältere Tochter, die Hälfte des prälegirten Gütchen ihrer Schwester zu restituiren, und Scävola entscheidet, daß hierdurch die Verpflichtung zur Leistung der legirten zwanzig aufhört, weil offenbar der Vater beide Kinder habe gleichstellen wollen.

Es ist bekannt, daß die Translation auch darin liegen kann, daß die Person des Belasteten geändert wird. Nehmen wir nun an, daß statt aller belasteten Erben der Prälegatar allein belastet wird, so verschwindet durch confusio das Prälegat ganz; wenn hingegen bei einer solchen Translation gerade der Prälegatar allein, oder derselbe mit einzelnen Erben von der Leistung befreit wird, so bleibt es bestehn, nur daß

351) Im funfzehnten Capitel Note 18 ff.

352) Denn daß dem zuletzt Genannten disiunctim legirt ist, kann keinen Zweifel leiden. § 8 I. de legatis 2, 20.

353) *Brunnemann* a. a. O.; Schweikart in Marezoll's Zeitschrift Bd. 9 S. 365, 366.

354) Die Worte s. oben Note 289, wo bereits dieselbe Stelle aus dem Gesichtspunkte der Ademtion betrachtet ist.

der Prälegatar es dann ganz **iure legati** hat, weil die Miterben die auf seinem Erbtheile lastende Quote erst von ihm [355]) für die Erbschaft kaufen und dann als Legat an ihn abliefern müssen. Werden endlich zwar ein Erbe oder mehrere Erben, nur nicht der Prälegatar von der Leistung befreit, so verliert dadurch der Prälegatar, indem er nunmehr eine größere Quote des Prälegates von sich selbst fordern muß.

An diese Lehre von der Ademtion und der mit ihr zusammenhängenden Translation wollen wir einen Fall anreihen, den viele Juristen zur Ademtion zählen, während wir keineswegs eine solche darin erkennen können. Wenn nemlich einem Erben ein Prälegat hinterlassen, und eben diesem Prälegatar fideikommissarisch auferlegt ist, sein Prälegat ganz oder theilweise einem fähigen Dritten zu restituiren, und das Fideikommiß aus irgend einem Grunde nicht zur Ausführung kommen kann, so entsteht natürlich die Frage, ob das aufgehobene Fideikommiß in die Erbschaft zurückfällt, oder ob es in den Händen des einzelnen Erben und Prälegatars bleibt, der allein mit dessen Leistung beauftragt war? Für die zweite Ansicht spricht schon der Umstand [356]), daß der Erblasser ja unmittelbar aus der Erbschaft das Fideikommiß hätte hinterlassen können, wenn er nicht den damit beschwerten Legatar möglicherweise hätte begünstigen wollen, und bei einer so nahe liegenden Präsumtion ist es gar nicht nöthig, die gänzliche Aufhebung des Legates beim Ausfall des Fideikommisses anzunehmen, da es ja eine bekannte Interpretationsregel ist, jede irgend giltig errichtete Verfügung so auszulegen, **ut magis va-**

355) Wenn die Sache nicht in der Erbschaft war, von einem Fremden.

356) Ihn hebt *Bachovius* **ad Treutlerum** Vol. II Disp. 13 **thes. IV lit. F.** hervor.

leat quam pereat [357]), und ein ebenfalls allgemein anerkannter Satz, daß Veränderungen so wenig als möglich präsumirt werden [358]). Wenn man also auch behaupten wollte, daß der Testator dem Legatar das Vermächtniß nicht würde hinterlassen haben, wenn er nicht auch das Fideikommiß beabsichtigt hätte, so ist doch auch zu präsumiren, daß er in dem Falle, wo es nur auf das Verhältniß zwischen Legatar und Erben ankam, sich günstig für den Legatar entschieden und ihn dem Erben vorgezogen haben würde [359]), da er ja ganz unstreitig, wenn der Fideikommissar das Objekt nicht annehmen konnte oder wollte, dem Legatar den Erwerb dieses Objekts gönnte. Diese unsere Ansicht finden wir auch in einer Reihe von Anwendungsfällen deutlich bestätigt.

Im **fr. 60 De legatis II** [360]) wird von Ulpian beifällig

---

357) fr. 12 De rebus dubii 34, 5 vgl. mit fr. 84 § 11 De legatis I. 30.

358) **Mutatio voluntatis non praesumitur.** Diese Regel sprechen aus die Consiiia *Rolandi a Valle* Tom. I consil. 77 nr. 32 Venetiis 1572. fol. *Petrus Ioannes Ancharanus* familiarium iuris quaestionum libri tres. Venetiis 1580. lib. I qu. 75 nr. 8 nr. 14; *Menochii* Consilia lib. I consil. 148 nr. 15, lib. 4 cons. 378 nr. 82; *Mascardus* de praesumtionibus Conclusio 1154 nr. 3, 1195 nr. 11, 1240 nr. 5, 1280 nr. 6; *Hertii* Consilia et Responsa. Resp. 23 § 3, 35 § 5, 586 § 55; *Seuffert* Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 1 Nr. 288.

359) *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 34 tit. 4 § 12; *Hertii* Responsa et Consilia Resp. 31 § 4, 458 § 1, 595 § 1; *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 139, 176.

360) **Iulianus ait, si a filio herede legatum sit Seio, fideique eius commissum fuerit sub conditione, ut Titio daret, et Titius pendente conditione decesserit; fideicommissum deficiens apud Seium manet, non ad filium heredem pertinet; quia in fideicommissis potiorem causam habere eum, cuius fides electa sit, Senatus voluit.**

Digitized by Google

die auf einem Senatsbeschlusse [361]) beruhende Ansicht Julians dahin referirt: wenn ein Legatar ein Fideikommiß unter einer Bedingung leisten soll, und der Fideikommissar stirbt, während die Bedingung schwebt, so fällt der Gegenstand des Fideikommisses nicht in die Erbschaft zurück, sondern bleibt dem belasteten Legatar. Diese Entscheidung beruht nicht etwa darauf, daß das Fideikommiß bedingt hinterlassen war, oder daß der Fideikommissar erst nach dem Testator stirbt, denn im **fr. 17 pr. De legatis II** [362]) lesen wir im Falle eines unbedingt durch einen Legatar hinterlassenen und durch den erfolgten Tod des Fideikommissars unausführbar gewordenen Fideikommisses dieselbe Entscheidung.

Zu Gunsten des Legatars erklärt sich ferner Scävola im **fr. 38 § 6 De legatis III** [363]). Es sind Jemandem 2000 legirt mit der Bitte dieselben einem Priesterkollegium zu restituiren. Bevor dieß Fideikommiß Realität erhalten konnte, wurde das Collegium aufgehoben. Nun weigern die Erben dem Legatar die Zahlung der 2000; aber Scävola verurtheilt sie dazu.

Einen ähnlichen Fall theilt Gaius mit [364]). Jemand ist

361) Merill's Einfall, daß hierunter das SCtum Trebellianum zu verstehn sei, hat an Heineccius einen Vertheidiger gefunden.

362) Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus, Titii commodo cedit, non heredis, nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit. S. unten Note 374.

363) Fidei commisit eius, cui duo millia legavit, in haec verba: a te, Petroni, peto, uti ea duo millia solidorum reddas collegio cuiusdam templi. Quaesitum est, cum id collegium postea dissolutum sit, utrum legatum ad Petronium pertineat, an vero apud heredem remanere debeat? Respondit, Petronium iure petere: utique si per eum non stetit, parere defuncti voluntati.

364) fr. 10 § 1 De his quae ut indignis. 34, 9. Si quis ei, qui capere possit, rogatus fuerit restituere, et is mortis tem-

gebeten, das ihm im Testamente Hinterlassene einem Fideikommissar zu restituiren; der letzte ist zur Zeit des Todes incapax; nichtsdestoweniger bleibt das zu restituirende Objekt in den Händen des Belasteten.

Ebenfalls zu Gunsten des belasteten Legatars spricht die Aeußerung Julians im **fr. 92 § 1 De legatis I** [365]). Ein Legatar hat Geld bekommen, um einen fremden Sklaven frei zu lassen. Ist der Herr dieses Sklaven nicht zu bewegen, ihn zu verkaufen, oder ist der Sklave gestorben, so bleibt das legirte Geld dem Legatar, und zwar fügt Julian hier als Grund hinzu, weil es an dem Legatar nicht liegt, daß er das ihm auferlegte Fideikommniß nicht erfüllt [366]).

Gleichfalls hierher gehört die Entscheidung Scävolas zu Gunsten des Legatars und gegen den Erben im **fr. 37 § 1 De legatis III** [367]). In dem hier behandelten Falle soll nach

---

pore prohibetur legibus hoc capere: non dubito, quin, etsi deficit fideicommissum, apud eum tamen, qui rogatus est restituere, manere debeat.

365) Si Titio pecunia legata fuerit, et eius fideicommissum, ut alienum servum manumitteret, nec dominus eum vendere velit, nihilominus legatum capiet: quia per eum non stat, quominus fideicommissum praestet; nam et si mortuus fuisset servus, a legato non summoveretur. Mit dem Hauptheile dieser Stelle ganz übereinstimmend ist die Erzählung Marcells in fr. 51 § 2 De fideic. lib. 40, 5.

366) Vgl. noch fr. 37 De cond. et dem. 35, 1.

367) Qui testamento heredem scripserat, Maevio ducenta legavit, et fidei eius commisit, ut centum daret Glaucetyche, Elpidi autem quinquaginta; postea Maevius volente testatore literas emisit ad eas, secundum voluntatem testatoris restituturum: postea testator fecit codicillos, quibus et hoc praecepit, ut praeter hos codicillos, si quid aliud prolatum esset, non valeat. Quaesitum est, an Maevius, qui ducenta accepit, quia mutavit voluntatem de ea epistola testator, a mulieribus conveniri ex causa fideicom-

einer testamentarischen Disposition der Legatar 200 bekommen; von dieser Summe soll er an zwei Fideikommissarien hundert und resp. funfzig zahlen; er schreibt ihnen dieß auch nach dem Willen des Testators. Darauf errichtet der Letztere ein Codicill, worin er unter Anderem sagt: alle sonst noch etwa nach meinem Tode vorgebrachten letztwilligen Dispositionen sollen Nichts gelten. Als nun der Tod erfolgte, durften die beiden Fideikommissare ungeachtet jener schriftlichen Meldung Nichts fordern, obschon auch in diesem Codicille dem Legatar zweihundert, oder statt deren ein Grundstück, hinterlassen waren.

Fassen wir nun den Inhalt aller dieser Stellen zusammen, so finden wir, daß ein dem Legatar auferlegtes Fideikommiß bei dem Legatar bleibt und nicht in die Erbschaft zurückfällt, sowohl in dem Falle, wenn der Fideikommissar vor dem Anfalle stirbt, als auch, wenn er unfähig zum Erwerbe geworden ist, ebenso in dem Falle, wenn die dem Legatar zu Gunsten des Fideikommissars auferlegte Handlung unausführbar geworden ist, endlich in dem Falle, wenn der Testator dieß dem Legatar auferlegte Fideikommiß später widerruft.

Aber gerade für diesen letzten von Scävola entschiedenen Fall stoßen wir auf ein ähnliches, ebenfalls von Scävola mitgetheiltes Beispiel, in welchem wir nach den bisherigen Digesten-Ausgaben die entgegengesetzte Entscheidung lesen. Dieß ist das fr. 31 § 1 De adimendis [368]). Der darin behandelte und entschiedene Fall ist folgender: ein Testator legirt seiner

---

missi possit? Respondit, secundum ea, quae proponuntur, frustra Maevium conveniri, sive ducenta, sive praedium pro his accepit.

368) Matri suae heredi ex parte institutae quatuor praedia legavit, et fidei eius commisit, ut ex his duo socero restitueret, deinde codicillis socero ademit fideicommissum. Quaesitum est, an nihilominus ex praelegatione ad matrem pertineret? Respondi, nihil proponi, cur ad matrem pertinerent.

Mutter, die von ihm zu einem Theile der Erbschaft berufen ist, vier Grundstücke und legt ihr zugleich fideikommissarisch auf, zwei derselben seinem Schwiegervater zu restituiren. In einem spätern Codicille entzieht er seinem Schwiegervater das der Mutter auferlegte Fideikommiß, und es entsteht die Frage, ob in diesem Widerrufe des Fideikommisses zugleich ein Widerruf des Prälegates an die Mutter in Beziehung auf diese zwei Grundstücke liege. Nach der bisherigen Ausführung können wir nur eine verneinende Antwort von Scävola erwarten. Aber im Gegentheil lesen wir in den bisherigen Ausgaben den Bescheid: **nihil proponi, cur ad matrem pertinerent.** Es sollen also darnach die beiden ursprünglich zum Fideikommisse bestimmten Grundstücke angebrachtermaßen nicht der mit ihrer Herausgabe anfänglich belasteten Legataria, der Mutter, bleiben, sondern in die Erbschaft zurückfallen [369]).

Um nun diese Antwort mit den übrigen vorher mitgetheilten Entscheidungen mehrerer Juristen und namentlich Scävolas selbst in Einklang zu bringen, hat man zu mannigfachen Suppositionen und Textesänderungen seine Zuflucht genommen. Man präsumirte, der Testator habe mehr aus Rücksicht auf den Fideikommissar legirt, so daß der Legatar bloßer minister, simples Organ des Testators, gewesen sei [370]); ferner das Legat sei allein der Belastung wegen angeordnet gewesen, nachdem die Belastung, der eigentliche Zweck des Le-

369) Indirekt, weil die Mutter zugleich Erbin ist, fallen die Grundstücke zur Hälfte der Mutter zu, wenn sie auf einen so großen Theil Erbin war. *Hilliger* Donellus enucleatus 8, 18 notatum B.

370) So schon die Glosse; ferner *Henricus a Suerin* Repet. lect. cap. 9 in *Otto* Thes. T. IV. p. 21; *Lauterbach* Collegium theoretico-practicum 34. 4 § 16; *Branchu* Notae ad Berengeri Disputationem ad l. 40 de legatis cap. 5 p. 212 Lugd. Bat. 1721. 12; *Puettmann* Interprett. et Obss. cap. 1.

gates fortgenommen, müsse auch das Legat als aufgehoben gelten [371]); sodann dem Testator scheine, sowie die Belastung, so auch das Legat selbst gereut zu haben [372]); endlich es könne dem ersten Eigenthümer genommenes Eigenthum, wenn auch der spätere Eigenthümer es verliert, nicht wieder dem erstern von selbst zufallen [373]).

Alle diese Annahmen sind nicht haltbar. Als einen bloßen Testamentsexekutor [374]) hinsichtlich der zwei zu restituirenden Grundstücke kann die Mutter unmöglich betrachtet werden [375]). Denn dagegen sprechen einmal die Worte **praelegatio** und **matri quatuor praedia legavit**, von denen sie nur

371) *Chesius* de differentiis iuris cap. 82 § 1, cap. 83 § 1, cap. 84 in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. II p. 859. Thibaut Pandekten § 999 Nr. F. (Neunte Ausgabe) abstrahirt aus dem fr. 31 § 1 cit. folgenden Rechtssatz: Wenn im zweiten Grade ein Vermächtniß aufgehoben wird, so erlischt es auch für den ersten Grad, sofern dem ersten Empfänger schlechthin ohne Zeitbestimmung und Bedingung die Zahlung aufgelegt ward.

372) So Bartolus, welcher zu unserer Stelle folgendes Summarium gibt: si fideicommissum est ademtum ex dispositione testatoris expressa, legatum non remanet penes gravatum, sed videtur ademtum. Eine gleiche Ansicht über diese stillschweigende Entziehung des Legates hat *Retes* Opuscula liber IV ad l. ult. § 1 De his quae ut indignis in *Meermann* Thes. Tom VI p. 215.

373) *Cuiacii* Obss. lib. 22 obs. 1.

374) fr. 17 pr. De legatis II, 31 ... nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit. Der Testamentsexekutor unterscheidet sich vom Legatar nach Roßhirt's Zeitschrift Bd. 1 S. 218 darin: wenn Jemand als Legatar onerirt war, und er die Auflage nicht erfüllen konnte, blieb das Legat bei ihm, während der minister Nichts bekommt, und falls ihm eine Belohnung für seine Mühwaltung ausgeworfen war, der Erbe diese nicht zu bezahlen braucht, wenn der Dienst nicht geleistet wird. Vgl. Thibaut Pandekten § 978. III (Neunte Ausgabe).

375) *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 17 pr.

zwei restituiren sollte [376]), woraus sich augenscheinlich die Existenz eines Prälegates, und zwar zu Gunsten der Mutter ergibt. Außerdem macht Hunnius [377]) mit Recht darauf aufmerksam, daß die Präsumtion niemals dafür spreche, den belasteten Legatar als bloßen minister anzusehn [378]).

Ebensowenig läßt sich mit genügenden Gründen behaupten, daß der Mutter einzig zu dem Zwecke vier Landgüter hinterlassen sind, damit sie zwei davon restituire. Auch ist der

---

376) Daher ist es auffallend, wie Braun Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts S. 759 sagen kann: „die l. 31 spricht von einem Falle, da der zuerst berufenen Person „aufgegeben war, das Legat sofort an einen Andern herauszugeben. „Hier war nun die zuerst genannte Person im Grunde nur ein sog. „instrumentum solutionis, weil eigentlich an ihren Vortheil gar „nicht gedacht war" (da aber die Mutter nur zwei von vier prälegirten Grundstücken herausgeben soll, so gereicht das Legat doch gewiß ihr auch zum Vortheil), „und so mußte man hier Alles absprechen, „wenn der Testator dem in der zweiten Linie stehenden eigentlichen „Legatar das Legat wieder nahm. Daraus läßt sich denn offenbar „aber keine Regel auch für den Fall bilden, wenn das Legat mit zum „Vortheil des zuerst genannten Legatars gereichen sollte, in welchem „Falle das Prinzip eintritt, daß der Legatar das behält, was ihm „Anfangs gegeben war, wenn ein Anderer, dem er etwas abgeben „sollte, nicht zur Concurrenz kommt." Ganz ähnlich ist die Sache auch dargestellt von Froben Erörterungen Bd. 2 S. 365, 366. Auf einen solchen Fall, wie ihn Thibaut hier meint, bezieht sich das bei dieser Materie stets übersehene fr. 3 § 4 De legatis praest. 37, 5, für welches man Parallelstellen im fr. 8 § 14 De inoff. test. 5, 2, fr. 27 De excus. 27, 1 und fr. 1 § 1 D. si quis aliquem testari 29, 6 anführen kann, in welchen drei Stellen erklärt wird, daß die gegen den Willen des Testators geschehene Handlung des Legatars, welche ihm eigentlich das Vermächtniß entziehn würde, dem an ihn gewiesenen Fideikommissar nicht schaden soll.

377) zu *Treutleri* Disp. XIII thes. IV lit. F. qu. 14 nr. 5. T. II. p. 76.

378) Die richtige Ansicht vertheidigt *Cannegieter* Obss. iur. Rom. lib. I cap. 17.

Fall, aus welchem Cheslus diese Ansicht abstrahirt, ein ganz unähnlicher. Ein Testator hat gewünscht [379]), daß, wenn er in der Provinz sterbe, Titius sein Begräbniß besorge, und zu diesem Zwecke seinen Erben gebeten, dem Titius sechszig zu zahlen, und außerdem bemerkt, daß Titius den etwanigen Ueberschuß über die Begräbnißkosten behalten dürfe. Jedoch noch an demselben Tage setzt er ein neues Codicill auf, worin er für jeden Fall, möge er sterben, wo er wolle, seinem Erben selbst die Begräbnißpflicht auferlegt. Wenn nun der Erbe wirklich auf das Begräbniß weniger als sechszig verwendet hat, so kann Titius diesen Ueberschuß doch nicht fordern, weil jener mögliche Ueberrest von den sechszig ein bloßer Lohn für seine — ihm später durch den Testator — entzogene Mühwaltung bei dem Begräbnisse sein und ihm die Unannehmlichkeit einer speciellen Rechnungslegung ersparen sollte.

Daß den Testator Reue über das errichtete Legat ergriffen habe, ist eine ebenso unerwiesene Behauptung, und die Präsumtion dieser Reue [380]) läßt sich aus keiner andern Stelle beweisen; vielmehr sehn wir, daß, wenn ein mit einem Fideikommisse belastetes Legat irgendwie zu Grunde geht, dieß Fideikommiß nunmehr als direkt dem Erben auferlegt fortbesteht [381]), so daß wir umgekehrt bei der Aufhebung des Fideikommisses auch das Legat als fortbestehend annehmen dürfen, wenn nicht der entgegengesetzte Wille des Testators bewiesen wird.

379) fr. 30 § 2 De adimendis 34, 4; die Worte oben Note 246.

380) *Pothier* Pandectae lib. 30 ... 32 nr. 406 nennt freilich diese Präsumtion, nach welcher das zurückgewiesene Fideikommiß dem Erben und nicht dem Anfangs damit belasteten Legatar zu Theil werden soll, eine leichte.

381) fr. 29 pr. De legatis II. 31; fr. 19 De adimendis 34, 4; fr. 9 De usu et usufr. 33, 2; Francke Beiträge S. 128.

Digitized by Google

Der Grund endlich, daß einmal entzogenes Eigenthum, wenn es der neue Erwerber verliert, nicht zu dem ersten Eigenthümer zurückkehre, paßt hier deshalb gar nicht, weil der neue Erwerb des Fideikommissars noch gar nicht wirklich existirt, sondern nur als Absicht des jetzigen Eigenthümers auf dem Papiere stand, welches Papier aber derselbe als ungiltig erklärte, wozu er vermöge der Regel ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum vollkommen berechtigt war. Höchstens können wir zugeben, daß das angeordnete Fideikommiß per exceptionem [382]) auf den rechtlichen Bestand des Legates eingewirkt hatte; sobald aber diese Einrede gegen die Legatsklage durch den simpeln Widerruf des Testators gleichsam replicando [383]) weggefallen war, so stand der alten Kraft des Legates nichts weiter im Wege. Es war, wie Bachovius [384]) sagt, in diesem Falle nur eine Last auf das Legat gewälzt, nach deren Abnahme man sagen muß, daß das Legat auf seinen frühern unbeschwerten Standpunkt gebracht ist.

Cujacius hat auf doppeltem Wege die gewöhnliche Leseart zu retten versucht. Er hat zuerst die Ansicht aufgestellt, daß die Legataria im vorliegenden Falle auf die beiden zuerst fideikommittirten Grundstücke zwar kein Klagrecht habe, weil das Legat insoweit durch das Fideikommiß ihr genommen, daß sie aber ein Retentionsrecht in Anspruch nehmen könne, wenn

382) Daß die Ademtion keineswegs ipso iure wirke, geht daraus hervor, daß trotz der dem Legatar unbekannten Ademtion des Legates ihm die pro legato usucapio verstattet wird fr. 4. D. pro legato 41, 8, wo ignorabatur statt ignoratur, wie im fr. 2 eod. putabam zu lesen ist. Vgl. fr. 3 § 11 De adimendis 34, 4 und Sintenis gemeines Civilrecht Bd. 1 § 32 S. 311.

383) fr. 15 De adimendis 34, 4; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 430, 431.

384) ad Treutlerum Vol. II Disp. XIII thes. IV lit. F.

Digitized by Google

die Grundstücke ihr einmal übergeben [385]). Mit dem Beweise dieser Behauptung sieht es aber sehr mißlich aus. Die von Cujacius geführte Argumentation beruht eigentlich nur darauf, daß im fr. 45 § 1 De legatis II und im fr. 14 De lib. et post. 28, 2 pertinere ad aliquem so viel als petere eum posse bezeichnet, was natürlich das Retentionsrecht einschließt, und weil durch den Gegensatz von petitio und retentio sich fr. 31 De legatis II mit fr. 37 De condition. et demonstrat. vereinigen [386]), und fr. 88 § 13 De legatis II sich gut erklären läßt. Wenn nun gleich unleugbar der Gegensatz zwischen petitio und retentio sich öfters in den Quellen findet, so ist doch noch keineswegs bewiesen, daß derjenige, welchem die Klage abgesprochen wird, deshalb ein Retentionsrecht habe, und am wenigsten kann die Existenz eines Retentionsrechtes mit Ausschluß des Klagerechts durch solche Worte, wie nihil proponi cur ad matrem pertinerent bezeichnet werden. Vergleichen wir einzig und allein das fr. 181 De V. S., wo Pomponius sagt: verbum pertinere latissime patet; nam et iis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sunt (also die Bedeutung der petitio nach Cujacius) et eis, quas iure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii (also gerade hier der Fall des Besitzes, des Retinirens, den Cujacius leugnet), und sehn wir, daß Pomponius noch weiter geht, indem er hinzusetzt: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla earum causa sint, sed esse possint, d. h. solche Gegenstände, die uns aus einem kontraktlichen oder kontraktähnlichen Verhältnisse gebühren, so sehn wir, daß in den Worten rem non pertinere ad matrem je-

385) *Cuiacii* Comm. in tit. de legatis II ad fr. 17 pr.; Comm. in Codicem 6, 51 ad § pro secundo.

386) *Cuiacius* Obss. 22, 1. Schon die Glosse vereinigt so die beiden Stellen.

der rechtliche Anspruch der Mutter auf die Sache geleugnet ist. Cujacius selbst scheint das Unhaltbare dieser Ansicht gefühlt zu haben, indem er am Schlusse seiner später geschriebenen Obss. lib. 22 obs. 1 über die eben von uns verworfene Ansicht selbst sagt: tentari potest. Hier in dieser Observation vertheidigt er die gewöhnliche Leseart auf folgende Weise. Die Ademtion des Legates kann nicht bloß durch ausdrückliche Worte des Testators geschehn, sondern auch dadurch, daß der Legatar vom Testator gebeten wird, die ihm hinterlassene Sache einem Dritten zu restituiren [387]). Denn da nach fr. 96 § 4 De legatis I [388]) derjenige, dem zuerst ein statu liber eine bestimmte Summe zahlen soll, und der gebeten ist, diese Summe einem Dritten zu restituiren, so angesehn wird, als sei ihm durch das Fideikommiß diese Summe genommen, so müsse auch, wenn etwa der Testator den Legatar gebeten habe, ein ihm legirtes Grundstück zu restituiren, dieß Vermächtniß als ein durch das Fideikommiß zurückgenommenes gelten. Hieraus folgert Cujacius weiter: das einmal dem Legatar durch ein Fideikommiß genommene Objekt könne nicht dadurch wieder an den Legatar zurückfallen, daß es dem Fideikommissar wieder genommen wird, weil das einmal Genommene als in perpetuum genommen und daher als gar nicht gegeben gelte [389]). Gegen diese Ansicht dürfe auch keineswegs fr. 60 De legatis II angeführt werden, weil daselbst von ei-

---

387) Wäre diese Ansicht des Cujacius über die ademtio legati richtig, so würde damit seine Ansicht über die Retentionsbefugniß des Legatars nothwendig zusammenfallen müssen, weil das ademtum zu retiniren nicht die mindeste, auch nicht einmal eine naturale Befugniß vorhanden ist.

388) S. unten Note 394.

389) quod ademtum est nec datum videri fr. 14 De legatis I. 30.

nem Fideikommisse die Rede sei, welches durch den Tod des Fideikommissars nach dem des Testators vor dem dies cedens fideicommissi in causa caduci geworden [390]), indem der Senatsschluß, welcher in einem solchen Falle das Fideikommiß an den damit belasteten Legatar, nicht an die Erbschaft zurückfallen lasse, dadurch nur den durch die leges caducariae begünstigten Erwerb des Fiskus habe beschränken wollen, was daraus ersichtlich, daß der Inhalt dieses Fragments aus einer Schrift Ulpians ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam entnommen sei. Also nur bei dem Tode des Fideikommissars [391]) gelte dieser Senatsschluß; er sei zwar auch im fr. 38 § 6 De legatis III [392]) auf die Aufhebung der juristischen Person des Fideikommissars analog angewendet, könne aber unmöglich auf den Fall der Rücknahme des Fideikommisses durch den Erblasser analoge Anwendung finden [393]). — Daß die Quellen

390) c. un. C. de caducis tollendis 6, 51.

391) fr. 17 pr. De legatis II. 31.

392) Die Worte s. oben Note 363.

393) Ungeachtet für eben diese Unterscheidung — Tod des Fideikommissars und Widerruf des Fideikommisses — sich Treutler a. a. O. erklärt, so ist doch diese Berücksichtigung der caducariae leges, auf welche diese Unterscheidung gebaut wird, in der Justinianeischen Gesetzgebung zurückzuweisen, da, wenn aus ihnen allein eine solche Unterscheidung folgte, den Compilatoren der Vorwurf gemacht werden müßte, einen nicht mehr aus dem Justinianeischen Rechte zu begründenden Rechtssatz aufgenommen zu haben. Daher müssen wir aus dem allgemeinen im Justinianeischen Rechte einzunehmenden Standpunkte, wie wir ihn im fr. 17 pr. De legatis II. 31 finden, sagen, daß, wenn das Schweigen des Testators beim erfolgten Tode des Fideikommissars für die Fortdauer des Legates spreche, dieß Schweigen noch viel bedeutsamer für die Fortdauer ist, wenn der Testator sich einmal über diesen Gegenstand durch den Widerruf des belastenden Fideikommisses äußert. So *Anton Faber* Coniecturae III, 18, *Hunnius* und *Bachovius* ad Treutlerum Disp. XIII Thes. IV lit. F.

eine Ademtion in der Belastung des Legates durch ein Fideikommiß finden, versucht Cujacius einzig durch das schon genannte fr. 96 § 4 De legatis I [394]) zu begründen. In dieser Stelle ist aber nur von der Ademtion einer mortis causa capio im engern Sinne durch ein Fideikommiß die Rede. Will man nun auch nicht mit Hilliger [395]) eine weitere Bedeutung von adimere hier annehmen, so darf man doch nicht ein Legat und eine mortis causa capio ganz gleichstellen. Der mortis causa capiens ist mehr in conditione, als in dispositione, und daher kann durch ein Fideikommiß leichter die mortis causa capio, als ein Legat aufgehoben werden. Es ist aber ferner nicht bloß unbewiesen, daß in der Belastung des Legates mit einem Fideikommisse eine Ademtion des Legates liege, sondern unmöglich [396]). Denn wie sollte es unter dieser Voraussetzung dem Legatar möglich sein, das Fideikommiß zu restituiren, wenn er selbst es nicht vorher mit Erfolg hätte einfordern können [397])? Die Klage auf das Legat gegen den Erben kann ihm daher gar nicht, selbst nicht durch die Restitutionspflicht des ganzen Vermächtnisses, als entzogen gelten [398]). Wäre dieß der Fall, so müßte ja der Fideikommissar direkt an den Erben und nicht an den Legatar

394) Cui statu liber pecuniam dare iussus est, is rogari potest, ut eandem pecuniam alicui restituat. Nam cum possit testator codicillis pure libertatem dare, et hoc modo conditionem exstinguere, cur non etiam per fideicommissum eandem pecuniam adimendi potestatem habeat.

395) Donellus enucleatus lib. 8 cap. 17 Notatum B.

396) *Chesius* de differentiis iuris cap. 84 § 3.

397) Quod ademtum est, nec datum, d. h. legatum, videtur (s. oben Note 389), und: ab eo qui nec legatum accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest c. 9 C. de fideicommissis 6, 42.

398) *Hilliger* a. a. O.

gewiesen sein. Dieß ist aber nur dann der Fall, wenn der Erblasser, ohne das Fideikommiß aufheben zu wollen, das Legat zurückgenommen hat [399]. Daß die Ademtion in der Belastung mit der fideikommissarischen Herausgabe derselben Sache ebensowenig liegt, als wenn eine andere Sache restituirt werden soll, oder als wenn eine Handlung dem Legatar auferlegt ist, in welchem Falle selbst Cujacius [400] keine Ademtion des Legates anerkennen will, zeigt sich darin, daß das mit dem Fideikommisse beschwerte Legat unbestritten dem Legatar bleibt, wenn der Fideikommissar es ausschlägt oder es nicht erwerben kann, so daß auch hieraus die Unmöglichkeit der Ademtion eines Legates durch ein Fideikommiß sich ergibt [401]. Endlich möchte auch in specieller Beziehung auf den vorliegenden Fall die Unrichtigkeit der Cujacischen An-

---

399) fr. 19 De adimendis 34, 4 Modestinus respondit, si adimendo legatum, quod Maevio relictum sit, fideicommissum ab eo datum defunctus revocare noluit, heredes ex causa fideicommissi conveniri posse recte probari. Wegen der andern beiden in Note 381 citirten Stellen stimmen wir nicht mit Thibaut Pandekten § 999 Nr. E (Neunte Ausgabe), welcher durch Widerrufung des Vermächtnisses, worauf ein anderes gelegt ist, auch dieß zweite als aufgehoben betrachtet und dieß aus fr. 19 cit. beweisen will.

400) Wenn z. B. vom Legatar dem Testamente gemäß ein fremder Sklave gekauft und freigelassen werden soll und sein Herr will ihn nicht verkaufen, oder der Sklave stirbt vor der Freilassung, so erlischt das Legat nicht. *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 17 pr.; Comm. in Cod. 6, 51 ad § pro secundo.

401) Die Conjektur, welche Hilliger a. a. O. aufstellt, weil der Testator dem Fideikommissar jene Sache am meisten zu gönnen scheine, nach ihm dem Legatar und zuletzt erst dem Erben, so gelte durch das Fortnehmen von dem Geliebtesten auch dem Liebern es genommen, ist, wie er selbst gesteht, nicht haltbar; denn darnach würde der Testator die genommene Sache noch immer lieber dem Legatar als dem Erben lassen.

ficht durch folgende Argumentation sich erweisen. Der Mutter sind die vier Grundstücke präsumtiv so legirt, daß sie das Recht hat, alle vier zu vindiciren. Von diesen vieren soll sie zwei dem Fideikommissar herausgeben. Es ist dieß Letztere ein obligatorisches Verhältniß, welches die Miterben gar nicht berührt; ebensowenig kann also auch ein Miterbe durch die Wiederaufhebung dieser Verbindlichkeit gewinnen oder verlieren. Wollte der Miterbe daher der Mutter des Erblassers, wenn sie die vier Grundstücke vindicirt, die Einrede entgegenstellen, daß sie nur auf zwei ein Recht habe, so würde dieß eine exceptio de iure tertii, also eine ganz unbegründete sein.

Zuletzt müssen wir noch den äußerst subtilen Versuch Hilliger's, die Leseart der Digesten zu retten, abweisen [402]. Die simple Bestellung eines Legates für eine Hälfterbin [403], so lautet seine Meinung, läßt dasselbe nur zur Hälfte als Legat bestehn; dadurch, daß die Belastung dieses Erben mit der Herausgabe eben jenes Legates hinzukommt, muß das Vermächtniß in seinem ganzen Umfange als Prälegat gelten [404]. Nun ist in unserm Falle die Frage aufgeworfen, ob dieß Fortbestehn im ganzen Umfange als Prälegat dadurch alterirt werde, daß das Fideikommiß zurückgenommen sei, oder ob durch diese Zurücknahme der Zustand hergestellt sei, welcher vor dieser Auflage des Fideikommisses galt [405]? Der Jurist entscheide nun: allerdings ist durch diese Zurücknahme der frü-

402) Donellus enucleatus lib. 8 cap. 17 Notat. B. C.

403) Was hier die Mutter sein mag, nach fr. 164 § 1 De V. S.

404) ähnlich wie im Falle des fr. 42 De legatis II. 31.

405) Das soll in der Frage liegen: an ex praelegatione ad matrem pertineret, indem praelegatum und legatum sich darin unterscheide, daß praelegatum etiam ex parte eius, cui relictum est, valeat.

here Zustand wieder hergestellt, wornach das Vermächtniß nur zur Hälfte, nicht in seinem ganzen Umfange für die Mutter galt, so daß in Scävolas Antwort liege: **nihil proponi cur ad matrem *integra* praedia scil. ex praelegatione pertinerent**; wohl aber leugne der Jurist nicht, daß der Mutter **ex simplici legato** die Hälfte der Grundstücke gebühre. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus der Unrichtigkeit des Fundamentes, auf welches sie gegründet [406]).

Bei diesen allseitig mißglückten Versuchen, die gewöhnliche Leseart im **fr. 31 § 1 De adimendis** zu retten, ist es ganz natürlich, daß Textesveränderungen vorgeschlagen sind, die im Resultate ganz dasselbe Ziel erstreben, aber es auf verschiedenen Wegen erreichen.

Anton Faber [407]), stets ein kühner Kritiker, liest mit eingeschaltetem **non**: **nihil proponi cur ad matrem *non* pertinerent**; und obschon eine solche Aenderung eine gewaltsame genannt werden muß, zu der man sich nur im äußersten Nothfalle entschließen darf, so haben doch, von der Nothwendigkeit dieser Emendation überzeugt, viele bedächtige Juristen die Einschaltung dieser Negation gebilligt [408]). Hermann Can-

---

406) Man sehe das zweite Capitel Note 105 ff.

407) Coniecturae III, 18 nr. 6 u. 7; De erroribus pragmaticorum Decas 66 Error. 8.

408) z. B. *Hunnius* und *Bachovius* ad Treutleri Disp. XIII thes. IV lit. F qu. 14; *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 34 tit. 4 § 12; *Henr. Berger* Resolutiones legum obstantium ad Lauterbachii Compendium lib. 34 tit. 4. Vitembergae 1699 p. 660; *Wissenbach* Disp. ad Pandectas ad lib. 34 tit. 4 § 16; *Schulting* Notae ad Digesta ad h. l. ed. *Smallenburg*; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 436 wagt zwar nicht, fest zu behaupten, daß Scävola eine Negation in seiner Antwort gehabt habe, doch müßte seiner Meinung nach eine solche im Justinianeischen Rechte der Einheit der Digesten wegen hier angenommen werden.

negieter [409]) hofft von seiner Conjektur: **nihil proponi, cur *haud* ad matrem pertinerent**, daß sich durch sie die Corruption des Textes leichter werde erklären lassen, indem er den Ausfall des Wortes haud aus dem neben stehenden ad zu erklären sucht. Gegen diese Einschaltung ist zu erinnern, daß die Partikel haud unsern juristischen Quellen gänzlich fremd ist [410]). Gleiches fast läßt sich gegen die Einschaltung sagen, mit welcher Georg d'Arnaud [411]) zu demselben Ziele gelangen will. Nach seiner richtigen Ansicht streitet Recht und Billigkeit und insbesondere die Analogie des fr. 60 De legatis II. 31 gegen die gewöhnliche Leseart in der Entscheidung Scävolas. Dieser Jurist, sagt er, kann nicht geirrt haben, darum muß die Leseart corrumpirt sein, und er schlägt deshalb vor, zu lesen: nihil proponi *quin* ad matrem pertinerent; allerdings eine sehr leichte Aenderung quin statt cur; nur kommt in unsern juristischen Quellen diese Verbindung nihil proponi quin nicht vor [412]). Vielleicht gewinnt daher unser Vorschlag einige Anhänger, zu lesen: nihil proponi cur *minus* [413]) ad patrem pertinerent, oder nihil proponi *quo minus* [414]) ad patrem pertinerent, indem der Ausfall des

---

409) Obss. iuris Romani lib. 1 cap. 17.

410) Zwar wird das Wort haud bei *Strauch* Lexicon particularum iuris angeführt; allein sein Citat bezieht sich nur auf die Glosse, in welcher sich allerdings dieß Wort findet.

411) Variarum Coniecturarum libri duo lib. II cap. 19. Er scheint es nicht gewußt zu haben, daß bereits *Wissenbach* Disp. V zu lib. 33 tit. 7 § 9 ebenso zu lesen vorgeschlagen hat.

412) Gerade in Scävolas Schriften findet sich die Redensart nihil proponi am häufigsten mit darauf folgendem cur non (23 Mal), mit folgendem cur (3 Mal).

413) Vgl. *Handii* Tursellinus Vol. III p. 621 nr. 7.

414) Diese Verbindung nihil proponi, quo minus hat Scä-

eingeschalteten Wortes minus sich aus der unmittelbar vorhergehenden Frage erklären läßt: **quaesitum est, an nihilominus ex praelegatione ad matrem pertinerent** [415])? indem der Abschreiber das eine Zeile höher stehende minus schon für wiederholt geschrieben aus Uebereilung annahm.

---

vola im fr. 38 § 4 und in dem diesem Paragraphen identischen fr. 93 pr. De legatis III. 32.

415) Der § 2 eben dieses fr. 31 De adimendis beginnt mit den Worten: Seia testamento suo legavit auri pondo quinque, Titius etc. Da der Name des Legatars Titius in der ersten Strophe nicht genannt war, so ist seit Haloander in vielen Ausgaben hinter legavit das Wort Titio eingeschaltet. Allein leichter scheint es, dieß Wort Titio an die Stelle des ganz überflüssigen Wortes suo zu setzen, wie es auch einige Zeilen weiter heißt: quod testamento Titio dederat.

Digitized by Google

Anhang.

Die Interpretation der c. 24 C. familiae herciscundae.

Es giebt kein Rescript, welches in dem Raume weniger Zeilen über so viele und so schwierige Rechtsfragen Auskunft zu geben vermag, als das in der Ueberschrift bezeichnete Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian[1]). Dasselbe wird bei

---

1) Der trotz seiner Fehler lehrreichste und zugleich ausführlichste Commentar über dieß Rescript ist von Giphanius verfaßt in dessen Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis. Coloniae-Plancianae. 1615. p. 185...202. *Aemilius Ferretus* hat unter der Ueberschrift: Praelectiones in l. filium quem C. familiae herciscundae 125 Nummern, von denen aber nur der zehnte Theil sich wirklich auf die Interpretation dieser Entscheidung bezieht. Auch von Corasius befindet sich ein weitläufiger Commentar zu diesem Rescripte im zweiten Bande seiner Werke in der Ausgabe von Forster p. 203 ff. Außerdem ist Cujacius auszuzeichnen, besonders im Comm. ad tit. de hered. inst. ad l. 78, und in den Obss. lib. 8 obs. 3. Endlich ist der Commentar seines Schülers *Maranus* Opera ed. Trotz p. 594...598 hervorzuheben, dessen Grundansicht der unseren am nächsten steht. Auch gehört recht eigentlich hierher die Dissertation von Quirinus Gottlieb Schacher (er starb als Proconsul in Leipzig 1801) de rescripto Diocletiani et Maximiani in lege XXIIII Cod. Fam. herc. Lipsiae 1770. 4, welche in ihrer ersten Hälfte eine Kritik der bedeutendsten Erklärungen dieses Rescripts giebt. Im Verfolge wird jeder Commentator genannt werden.

Digitized by Google

der Lehre von der Restitution der Erbschaft an Fideikommißerben angeführt, namentlich da, wo es auf die Berechnung der Trebellianischen Quart und auf die Frage ankommt, ob Kinder außer dieser Quart sich noch den Pflichttheil bei der Restitution abziehn dürfen; es wird ferner bei der Lehre von den Prälegaten als eine der wichtigsten Beweisstellen citirt und wegen seiner Bedeutsamkeit für die Compensation verdiente es auch in dieser Lehre genannt und ausgezeichnet zu werden.

Die Worte dieses Rescripts, welches Accursius eine re et fama difficilis lex nennt[2]), und Cujacius[3]) mit dem Epitheton legum omnium, quae sunt in codice longe difficillimam, omnium quae sunt in iure pro sua brevitate opulentissimam iuris bezeichnet, lauten also: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Socrati[4]). Filium[5]), quem[6]), habentem fundum, portionem hereditatis

2) Azo hat sich durch den Geist des Widerspruchs gegen Accursius verleiten lassen, diese von ihm übrigens unrichtig erklärte Verordnung magis fama difficilis ac re zu nennen.

3) Comm. in lib. 6 resp. Papin. ad fr. 78 De her. inst.

4) Vielleicht ist dieß derselbe Socrates, an welchen etwa sechs Jahre später eben diese Kaiser in c. 16 C. 6, 20 rescribirten.

5) Haloander, die Ausgabe bei Francois und Frabin, Lyon 1534, und Donell (Commentarii absolutissimi Codicis ad h. l.) lesen filius; aber man sich für die schwierigere Leseart filium erklären, welche auch die Glosse und die Summa Perusina hat. Filius beruht keineswegs auf Handschriften, wie *Cuiacius* Obss. lib. 17 obs. 6 und *I. B. Friesen* in seinem Programm über dieß Rescript Ienae 1712 behaupten, sondern nur auf Unkenntniß der hier vorkommenden grammatischen Redefigur (locutio figurativa nennt sie *Corasius* a. a. O. §. 15), wornach der Akkusativ für den Nominativ steht. S. unten Note 107 ff.

6) Das Komma hinter quem ist nothwendig. Denn nicht das Wort filium ist, wie Lindelof Archiv für die civ. Praxis Bd. 4 S. 443, Schneider im Deutschen Corpus iuris zu dieser Stelle Note 132 und *v. d. Pfordten* Diss. de praelega-

fratribus et[7]) quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit[8]) testator, post eius[9]) eventum, hereditaria parte praedii in quartae rationi[10]) retenta[11]), compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit, et[12]) si quid deest in supplementum[13]) deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur[14]) supra[15])

---

tis p. 106 wollen, mit restituere als accusativus cum infinitivo zu verbinden, sondern quem, so daß die Construction folgende ist: is filius, quem, quum fundum habet, portionem hereditatis testator sanxit restituere, hanc reddere compellitur, ita ut retineat partem praedii, ut compenset quod percepit, ut in supplementum deducat quod deest, et ut, quod a ceteris solvitur, supra quartam habeat.

7) Die Summa Perusina schließt die Abschrift dieses Rescripts schon mit den Worten: ex quibusdam aliis quartam partem, und setzt hinzu: require legem; was gewöhnlich geschieht, wenn dem Epitomator die Construction nicht verständlich war.

8) Ob dieß die einzige Stelle in der ganzen Latinität ist, daß sancire von einer testamentarischen Bestimmung gebraucht wird? Schon *Corasius* a. a. O. § 25 macht aufmerksam, daß dieses Wort nur von legea gebraucht werde.

9) Die häufige Einschaltung des Wortes conditionis in alten Ausgaben ist bei der Kürze, welcher sich der Concipient dieses Rescripts befleißigt, gewiß ein Glossem. So *Hotomanus* Obs. XI, 5, Herrmann zu dieser Stelle in seiner Ausgabe des Codex Note 7.

10) *Hotomanus* liest nach einem alten Codex: rationem.

11) Unbedeutend ist die Abweichung des Göttinger Codex: detenta.

12) Dieß Wort fehlt in demselben Codex; viel besser stünde es erst fünf Worte später zwischen deducto und quod.

13) Einige Ausgaben lesen supplemento, sowie mehrere alte Ausgaben hinter deducto ein Kolon setzen, welches Letztere auch *Vaconius a Vacuna* Declarationes iuris civilis. Venetiis 1564. 4. lib. IV declar. 59 nr. 2 wünscht.

14) Die Leseart Haloanders solvetur ist weniger passend, und nach Herrmann wahrscheinlich eine neue Aenderung.

15) Dieß Wort entspricht dem extra (quartam) im fr. 91 D.

quartam habens, reddere compellitur. Dat. V Non. Ian.[16]) Caess. Coss. 294.

Diese Worte können wir so zu paraphrasiren versuchen. Ein Erblasser errichtete ein Fideikommiß, wornach sein Sohn, der ein Grundstück haben sollte, im Falle, daß eine Bedingung eintrete, seine Erbportion seinem Geschwister und einigen andern Personen zu restituiren gebeten war. Tritt nun die Bedingung ein, so wird der Sohn zur Restitution gezwungen; jedoch muß er den auf seine Erbportion gekommenen Theil am Grundstücke sich in die Quart einrechnen[17]), außerdem sich die Theile am Grundstücke, welche er von seinen Miterben bekommen, sich compensiren lassen, und nur das, was dann noch an der Quart fehlt, kann er sich durch Abzüge[18]) ergänzen, während er das, was von den übrigen Erben[19]) an

---

ad leg. Falcid. 35, 2; auch im fr. 15 § 7 D. eod. heißt es supra quartam.

16) Einzig in ihrer Art steht diese Bezeichnung für Kalendis Ianuariis nicht da. Denn gerade bei der Publikation von Constitutionen Diocletians und Maximians finden wir noch vier Beispiele für dieselbe Datum-Angabe. In der c. 24 C. 2, 4 lesen wir V non. April., in der c. ult. C. 5, 21 und c. un. C. 5, 22 V non. Decemb. und in der c. 8 C. 5, 34 V non. Iun.

17) *Cuiacius* Comm. in lib. 28 quaest. Papin. ad l. 95 § si creditor De solutionibus: imputo in Falcidiam, quod a me accipio iure hereditario, quod sum heres institutus; compenso in Falcidiam, quod vice mutua accipio a coherede meo; deduco e Falcidia residuum ex hereditate. Dieß deducere drückt Derselbe Comm. in lib. 3 Cod. tit. 31 ad l. 4 deutlicher dahin aus: nec imputo, nec compenso in Falcidiam, quod iure legati a coherede accipio, cui vicissim nihil restituere debeo.

18) Die er nicht den Geschwistern, sondern den andern Fideikommissarien macht, und zwar, indem er von der ihnen zu restituirenden Erbportion (nicht wie die Glosse verkehrt sagt: de fundo) die Abzüge macht.

19) die nicht zugleich Fideikommissarien sind.

diesem Grundstücke ihm übergeben wird, außer der Quart behält.

Legen wir nun zur größern Verdeutlichung des in der c. 24 entschiedenen Rechtsfalles folgendes Beispiel zum Grunde. Ein Testator hatte seine drei Kinder und zwei Seitenverwandte zu gleichen Theilen[20]) zu Erben eingesetzt. Sein Vermögen beträgt 500, zu diesem gehört ein Gütchen, welches 20 werth ist. Von diesem Gütchen sagt er: Ich wünsche, daß mein Aeltester, wenn mein Schiff aus Asien glücklich zurückkommt[21]), das Gütchen zum Voraus haben soll; ich wünsche ferner, daß mein Aeltester[22]), wenn die ebengenannte Bedingung eintritt[23]), seinen beiden zu Miterben eingesetzten Brüdern und meinen Freunden A. und B.[24]) seine Erbportion herausgeben soll. Der Erblasser stirbt; die von ihm aufgestellte Bedingung tritt ein; alle Erben haben angetreten; jeder Erbe soll vermöge seines Erbrechts gleichviel, also 100 haben; nur der älteste Sohn vindicirt noch außerdem vier Fünftheile[25]) des prälegirten Grundstücks im Betrage von 16. Aber dieß soll er nicht Alles bleibend behalten dürfen, er soll seine **hereditatis portio** restituiren. Hiezu erklärt er sich bereit, nur nimmt er den Abzug der Trebellianischen Quart in Anspruch

20) Die gleichen Theile nehmen wir nur wegen der Annehmlichkeit der leichteren Berechnung an.

21) Diese Bedingung ist in den Quellen das gewöhnliche Beispiel einer casuellen Bedingung.

22) Es ist ganz gleichgiltig, ob dieser Sohn als in der väterlichen Gewalt befindlich oder von derselben frei gedacht wird.

23) *Maranus* ad l. 24 C. fam. herc. in seinen Opera ed. *Trotz* p. 597.

24) Wir nehmen nur zwei als die möglichst geringe Zahl an arg. fr. 17 § 3 De manum. testam. 40, 4.

25) Denn ein Fünftel des Gutes steckt bereits in seinem Erbtheile.

und rechnet so: Mein Erbtheil beträgt 100; ich habe aber nur nöthig, drei Viertel davon zu restituiren, und wegen meines Prälegates darf ich noch 4 (ein Fünftel des Prälegates) retiniren; ich ziehe daher jedem der vier fideikommissarischen Erben nicht bloß $6\frac{1}{4}$ ab, um zu meiner Quart im Betrage von 25 zu kommen, sondern $7\frac{1}{4}$, um außerdem noch mein Prälegat vollständig zu haben. Dieser Rechnung, als einer zwiefach unrichtigen, widersprechen die beiden Fideikommissarien insgesammt, und das mit Recht. Einen so großen Abzug, behaupten sie, dürfen wir uns von dir nicht gefallen lassen; du hast bereits 4 iure heredis von deinem Prälegate; diesen Theil des Prälegates mußt du dir in die Quart einrechnen, weil du ihn iure heredis besitzest[26]); daher kannst du uns nicht außer den 25 noch 4, sondern 25 allein abziehn, da in diesen 25 bereits jene 4 (das Fünftel deines Prälegates) stecken. Aber die beiden erbenden Brüder[27]) sagen weiter: Jedem von uns ist auch dieser Abzug von $6\frac{1}{4}$ noch zu groß; wir beide haben jeder dir den Werth von 4 (ein Fünftel deines Prälegates) zu leisten, wozu wir uns auch bereit erklären, nur verlangen wir, daß du diesen Betrag mit dem, was du uns abziehn willst, compensirst, so daß du jedem von uns nicht $6\frac{1}{4}$, sondern nur $2\frac{1}{4}$ abziehst[28]); dieß ist aber unser per-

26) fr. 86, fr. 91 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 18 § 3 D. ad SCtum Treb. 36, 1. Wäre ihm vom Testator ausdrücklich auferlegt, retenta quarta parte zu restituiren, so durfte er nicht $\frac{1}{5}$, sondern nach fr. 86 nur $\frac{1}{20}$ des Prälegates in seine Quart einrechnen. *Ioannes Bassianus* in der Glosse zur c. 24 v. hereditaria parte.

27) Nicht die übrigen Fideikommissarien, weil die Compensation nur persönlich wirkt.

28) arg. fr. 22 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2: cum is qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus, desiderans uti adversus eum Falcidiae bene-

sönliches Compensationsrecht; denn den beiden fremden Fideikommissarien würde dieß nur dann etwas helfen können, wenn diese 8, sowie die von A. und B. zu zahlenden 8 in die Quart eingerechnet werden müßten, was aber nicht der Fall ist[29]), da alles dieß der Fiduciar extra quartam hat[30]). Nach dieser Ausführung der jüngern Brüder muß nun Leistung und Gegenleistung in folgender Weise vor sich gehn. Der älteste Bruder empfängt von seinen Brüdern zwei Fünftel des Prälegates im Betrage von 8, welche ihnen durch Compensation zu Statten kommen (compensato, quod a coheredibus vice mutua percepit), so daß er statt 18¾, die er einem jeden der beiden auszahlen würde[31]), wenn er die volle Quart ihnen abzöge, jedem von ihnen jetzt 22¾ wirklich zahlt, also jedem von ihnen nur 2¼ von dem ihnen nach des Testators Willen schuldigen Betrage vorenthält, um seine Quart zu ergänzen (si quid deest[32]) in supplementum deducto), in welchen 4½ aber die 4 stecken, welche das Fünftel des Prälegates ausmachen, welches auf seiner eigenen Erb-

ficio, si id quod percepturus est, ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat. *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis II ad l. 77 pr. sagt: partem praedii, quam a coherede vicissim accipit, etsi non imputet, compensat tamen cum Falcidia.

29) arg. fr. 22 cit. plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si ni nihil ab eo perciperet.

30) fr. 91 D. ad leg. Falcid. extra quartam id est quod a coherede accipitur; fr. 15 § 7 D eod. *Cuiacius* Comm. in lib. 2 resp. Papin. ad l. 41 De mortis causa don.: constat in quartam Pegasianam, quae ex fideicommissis detrahitur, heredem non computare, quae capit iure legati.

31) Denn 18¾ ist der vierte Theil von 75, wieviel er den vier Fideikommissarien nach Abzug seines Viertels zahlen muß.

32) Je höher wir den Werth des prälegirten Grundstückes annehmen, desto geringer wird diese Differenz werden.

portion haftet (hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta). Er bekommt ferner die letzten zwei Fünftel des Prälegates im Werthe von 8, welche er von den beiden fremden direkten Erben tradirt empfängt, noch neben der Trebellianischen Quart (quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens). Endlich zieht er bei der Restitution an die beiden Fideikommissarien jedem $6\frac{1}{4}$ iure Senatusconsulti ab, so daß er 16 iure legati und 17 iure heredis hat. Diese allerdings schwierige Rechnung wird auf folgende Weise übersichtlicher: der älteste Bruder zieht dem ersten fremden Fideikommissar ab[33] $6\frac{1}{4}$,

derselbe zieht dem zweiten fremden Fideikommissar ab $6\frac{1}{4}$,

er zieht dem einen Bruder ab $2\frac{1}{4}$,

er bekommt von demselben 4,

er zieht dem andern Bruder ab $2\frac{1}{4}$,

er bekommt von demselben 4,

er bekommt von dem einen fremden Erben 4,

er bekommt endlich von dem andern fremden Erben 4.

So hat er durch diese acht Posten, von denen er die ersten drei und den fünften iure heredis, die übrigen vier iure legati hat, in Summa 33. Darnach stellt sich das Verhältniß der übrigen Erben also. Der zweite Bruder hat von seinen hundert 4 an den Aeltesten gegeben, also 96 behalten, dafür hat er von dem Aeltesten ein Viertel von dessen Erbtheil, d. h. 25 mit Abzug von $2\frac{1}{4}$, also $22\frac{3}{4}$ bekommen, also im Ganzen $118\frac{3}{4}$,

ebensoviel hat der dritte Bruder $118\frac{3}{4}$,

der erste fremde direkte Erbe hat nach Leistung von ein Fünftel des Prälegates im Betrage von 4 noch 96,

33) Darin stecken die 4, welche ein Fünftel des Prälegates betragen, das auf seiner Erbquote haftet.

ebensoviel behält der zweite direkte Erbe 96,
der eine fremde Fideikommissar hat nach Abzug der
Quart im Betrage von 6¼ 18¾,
ebensoviel hat der andere fremde Fideikommissar 18¾,
endlich hat der Prälegatar nach dem Obigen 33,
so daß alle Posten zusammen 500, den Betrag der ganzen Erbschaft, ausmachen.

Wir haben in dem Bisherigen ganz kurz unsere Ansicht über den Inhalt der c. 24 zusammengestellt, so wie derselbe zur Zeit der Abfassung dieses Rescripts aufgefaßt werden mußte. Es bleibt jedoch noch eine doppelte Betrachtung übrig: die Rücksicht auf das neuere Recht und die Rücksicht auf die bisherigen Auslegungsversuche.

Unser Rescript fällt in eine Zeit, da der Pflichttheil mit Lasten beschwert werden konnte, was Justinian in c. 32 C. de inoff. testa. 3, 28 aufhob; es gehört ferner einer Zeit an, da der Pflichttheil nur ebensoviel gewährte, als der Abzug der Trebellianischen Quart, was Justinian in der Novelle 18 zu Gunsten der Notherben änderte, endlich gehört es einem Rechtssysteme an, nach welchem der Sohn neben der Trebellianischen Quart nicht noch den Pflichttheil sich abziehn durfte, was erst die Päpste in c. 16 und c. 18 X de testamentis 3, 26 verstatteten [34]). Fügen wir nun diese Berück-

---

34) Diese richtige — durch unser Rescript indirect unterstützte — Meinung ist jetzt die allgemeine, z. B. *Pufendorf* Observationes Tom. I obs. 146, Tom. II obs. 82; *Boehmer* Electa Tom. I Exerc. VI § 17. Unter den Neuern hat noch *Nahmer* Entscheidungen Bd. 1 No. 7 §. 16 die unrichtige Meinung (die z. B. *Vaconius a Vacuna* Declar. iur. civ. lib. IV declar. 59 nr. 7 und *Contius* Disputt. lib. 1 cap. 3 vertheidigt haben), daß schon nach Römischem Rechte erlaubt sei, neben der Trebellianischen Quart noch den Pflichttheil abzuziehn.

sichtigung der neuesten Zeit unserer Interpretation hinzu, wobei wir annehmen wollen, daß der Sohn nicht etwa aus Pietät den Wunsch des Vaters als Befehl betrachtet, sondern daß er von seinem Rechte Nichts aufgeben will. Die Belastung mit dem Universalfideikommiß gilt nach der c. 35 cit.[35]) nicht etwa **pro non scripto**, sondern es ist zu unterscheiden, ob dem Kinde mit dieser Belastung nur sein Pflichttheil oder eine größere Erbquote hinterlassen ist. Im ersten Falle muß die Beschränkung ganz wegfallen, im zweiten nur bis auf den Pflichttheil[36]). In unserm oben zum Grunde gelegten Beispiele, wo ein Vater, der 500 im Vermögen hat, drei Söhne und jedem ein Fünftel seines Vermögens, also 100 hinterläßt, tritt also der zweite Fall ein. Zur Zeit dieser c. 32 betrug der Pflichttheil immer ein Viertel der Intestatportion, also in unserm Falle für jedes Kind $\frac{500}{12}$, d. h. $41\frac{2}{3}$, die es unbeschwert, wenn gleich nicht bloß unter dem Titel eines Erben, haben mußte. Der älteste Sohn behält aber nach unserer obigen Rechnung, wenn er alle testamentarischen Auflagen erfüllt hat, nur 33, es fehlen ihm also $8\frac{2}{3}$. Diese kann er so gewinnen, daß er seinen beiden Brüdern und den beiden Fremden Jedem $2\frac{1}{6}$ mehr bei der Restitution seines Erbtheils abzieht. Diese Höhe des Abzuges hat sich seit der Novelle 118 zum Besten des belasteten Sohnes geändert. Darnach hat er nicht mehr in diesem Falle ein Zwölftel, sondern ein Neuntel des hinterlassenen väterlichen Vermögens, also $55\frac{5}{9}$ zu fordern, so daß er jetzt jedem Fideikommißerben nicht $2\frac{1}{6}$, sondern sogar $5\frac{23}{36}$ abziehn darf. Endlich aber stellt ihn das canoni-

35) **Gravamen tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum in testamento additum esset.**

36) v. Buchholtz in Marezoll's Zeitschrift Bd. 13 S. 239 ff.

sche Recht noch günstiger, indem er außer der Quart von seinem zu restituirenden Erbfünftel, also außer den 25 noch seinen Pflichtheil $55\frac{5}{9}$ zurückbehalten darf, in Summa $80\frac{5}{9}$, so daß er jedem Fideikommissar $20\frac{5}{36}$ abziehn kann, und außerdem von den beiden direkten Erben, die nicht Fideikommissarien sind, zwei Fünftel des Prälegates, d. h. dem Werthe nach acht, empfängt. Nach dem gemeinen Civilrechte ist daher die Vertheilung also zu machen.

Es empfängt der älteste Sohn	$88\frac{5}{9}$,
der zweite Sohn	$104\frac{31}{36}$,
der dritte Sohn	$104\frac{31}{36}$,
der eine fremde direkte Erbe	96,
der andere fremde direkte Erbe	96,
der eine simple Fideikommissar	$4\frac{31}{36}$,
und der andere simple Fideikommissar	$4\frac{31}{36}$,

wodurch die Erbschaft erschöpft und richtig vertheilt ist.

Wir kommen jetzt zu dem schwierigsten Theile unserer Aufgabe, zur nähern Begründung unserer Interpretation durch deren Vertheidigung gegen andere Ausleger, wobei wir, der leichtern Uebersicht wegen, Alles, was dabei irgend streitig ist, auf sechs Punkte zurückgeführt haben.

I. Wieviel direkte und wieviel fideikommissarische Erben hat der Erblasser in dem Falle, welchen dieß Reskript entscheidet, ernannt?

Irnerius[37]) hat die Zahl der eingesetzten Kinder des Erblassers auf drei festgestellt; diese Zahl behielten die Glossatoren bei, und mehrere spätere Juristen beschränkten, wie es

37) Savigny Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter Bd. 4 S. 393 Nr. 36: si defunctus tres habuit filios, eosque heredes instituerat aequaliter secundum Guar.

auch in den Basiliken[38]) der Fall zu sein scheint, die Zahl der direkten Erben auf diese drei Kinder[39]). Hotomanus[40]) nimmt zwar auch drei Erben an, aber nur einen Sohn des Erblassers und zwei Fremde. Azo[41]) und Merillius[42]) nehmen vier Kinder als die einzigen Erben an. Bakonius a Bakuna[43]), Maranus[44]) und Pacius[45]) erklären sich für fünf Erben, drei Kinder und zwei Fremde. Husman[46]) und Giphanius[47]) halten die Annahme von sechs Erben, von drei Kindern des Erblassers und von drei Fremden, für die passendste. Arnaldus Ferrerius[48]), der Lehrer des großen Cujacius, nimmt mit diesem seinem Schüler und mit vielen seiner Anhänger[49]) sieben direkte Erben,

38) Siehe unten im Texte zu Note 114.

39) So z. B. der von Alciat gerühmte Politus, Corasius a. a. O. § 3, *Vallius* ad h. l. in *Otto* Thes. T. I p. 454, *Donellus*, *Iensius* Stricturae ad Codicem p. 445, *Bachovius* ad Treutlerum Disp. 14 thes. III Litt. B et C. p. 865; *Brunnemann* Comm. in Codicem ad h. l.; *Schacher* § 10, § 16. Auch die Basiliken-Verfasser gehören hierher.

40) Obss. lib. 11 cap. 7.

41) Summa Codicis lib. III tit. fam. herc. l. filium. Lugduni 1545 p. 64.

42) Obss. lib. 6 cap. 21.

43) Declarationes iuris civilis lib. IV declar. 59 nr. 2: tres liberos et duos fratris filios.

44) Opera ed. *Trotz* p. 594 ff.

45) *Εναντιοφανῶν* Centuria 6 qu. 51.

46) Paradoxa ad leg. Falcid. paradoxon 20 in *Otto* Thes. T. IV p. 1752.

47) Explanatio legum Codicis p. 185.

48) *Cuiacius* Comm. ad tit. de hered. inst. ad l. 78 gibt ihm bei dieser Gelegenheit das ehrenvolle Epitheton: et disciplina iuris eruditissimum, et ingenio prudentiaque acutissimum omnium.

49) *Claudius Chifletius* de portione legitima cap.

drei Kinder und vier Fremde an; und Anton Faber[50]) geht so weit, daß er ohne eine solche Annahme jede Interpretation dieses Rescripts für unmöglich erklärt. Aber schon Mornacius[51]) bemerkt dagegen mit Recht, daß es nicht nothwendig sei, gerade sieben Erben anzunehmen[52]), da es eben so gut mehr als weniger sein könnten[53]). Man darf nur nicht die Zahl der direkten Erben unter fünf sinken lassen; denn daß die Zahl 5 die geringste ist, geht aus folgender Betrachtung hervor. In unserer Stelle ist zuerst von coheredes des zugleich belasteten und honorirten Sohnes des Erblassers die Rede, welche mit ihm compensiren, und sodann noch von ceteris scil. coheredibus, welche ihm das Prälegat theilweise auszahlen sollen. Nehmen wir also unter dem Plural jedesmal nur den Dualis an, so haben wir als die mindeste Zahl der direkten Testamentserben fünf. Natürlich läßt sich diese Zahl ganz gut auch beliebig vergrößert denken.

Was nun die Fideikommißerben betrifft, so findet sich eine gleiche Verschiedenheit der Ansichten der Neuern über sie, da

---

13 in *Otto* Thes. Tom. V p. 745; *Nieto* tractatus de praelegatis cap. 4 § 19 in *Meermann* Thes. Tom. VII; *Schacher*, *v. d. Pfordten*, v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 494.

50) Coniecturae lib. 6 cap. 5.

51) In quatuor priores libros Codicis Observationes ad h. l.

52) Ebenso Bolley im Tübinger juridischen Archive Bd. 3 S. 45.

53) *Salicetus* super tertio Codicis tit. fam. herc. cap. 24 nr. 16 nimmt drei Kinder und einige Andere an; *Wissenbach* Disp. 18 ad tilt. Dig. fin. reg., fam. herc., comm. div. §. 16 nennt filii et alii quidam als direkte Erben. Nettelbladt (nach *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 25) von den Prälegaten S. 53 läßt die Kinder des Erblassers und einige Fremde eingesetzt sein. Dieselbe Ansicht scheint auch R. Schneider als Uebersetzer dieser Stelle zu haben.

die Worte des Reskripts: **fratribus et quibusdam aliis portionem hereditatis restituere sanxit testator** ebenfalls unbestimmt sind. Aber einige Juristen haben die Worte **et quibusdam aliis** ganz übersehn [54]), indem sie nur die Restitution an die Brüder für vorgeschrieben erklären. Jedoch die meisten Juristen [55]) sind hier der richtigen Ansicht. Sie lassen die Erbportion des einen Bruders an seine Geschwister und einige Andere restituiren. Die Zahl dieser Andern zu fixiren ist ebenso unmöglich, als bedeutungslos. Zwar meint Giphanius [56]), man müßte wenigstens drei oder vier annehmen [57]), weil eine solche Mehrzahl durch die Wortbedeutung von **quidam alii** gefordert würde. Jedoch nothwendig ist dieß keineswegs, da jene Worte eben so gut ein Paar [58]), als Einige bezeichnen, so daß auch Vakonius a Vakuna, Donellus, Vallius, Maranus, Merillius, Schacher, sowie wir einen Fall mit zwei Personen zum Grunde gelegt haben.

II. Wer sind die Fideikommißerben?

Gleichgiltig ist es, ob die quidam alii, welche neben den Brüdern des Prälegatars als Fideikommißerben genannt sind, Verwandte des Fiduciars [59]) oder Fremde [60]) sein mögen. Aber

54) z. B. der Verfasser des Casus unseres Reskripts, Alciat, Bachovius.

55) *Salicetus, Mornacius, Donellus, Grangianus* (Paradoxa iuris civilis cap. 49 in *Otto* Thes. T. V p. 639), *Iensius*, Nettelbladt.

56) Explanatio legum p. 189.

57) Die letzte Zahl haben auch *Ferrerius, Cuiacius, A. Faber, Nieto.*

58) fr. 12 De testibus 22, 5. Pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.

59) Wofür sich *Vaconius a Vacuna* a. a. O. § 2, Donell und Brunnemann erklären.

60) Wofür sich Azo erklärt.

wichtig erscheint die Frage, ob alle Fideikommißerben zugleich direkte Erben sind. Daß die Brüder, denen die Erbschaft restituirt werden soll, zugleich direkte Erben sind, ist von Niemanden bestritten; nur die quidam alii lassen der Conjectur Spielraum (fratribus et quibusdam aliis restituere sanxit). Paulus Castrensis [61]), Mornacius, Maranus, Donellus, Merillius, Pfeiffer sagen von diesen quidam alii, daß sie keineswegs zu den direkten Erben gehören; Bakonius a Bakuna, Ballius, Husman, Pacius, Giphanius, Wissenbach, Schacher dagegen lassen alle direkte Erben zugleich Fideikommissarien sein; und die Meinung von Cujacius sammt der seiner Anhänger [62]) geht dahin, nur zwei von den direkten Erben, die nicht Brüder sind, für fideikommissarische Erben zu erklären, nicht aber die beiden noch übrigen direkten Erben; woraus sich die Nothwendigkeit, unter dieser Voraussetzung wenigstens sieben direkte Erben anzunehmen ergibt.

Die Worte fratribus et quibusdam aliis an sich lassen allerdings hier jeder Annahme freien Spielraum, aber man kann unmöglich mit Corasius [63]) und Maranus annehmen, daß es vollkommen gleichgiltig sei, wie hierüber die Entscheidung ausfalle. Auch wird durch die folgenden Worte unseres Reskripts, wornach gegen einige Miterben, welche das Prälegat zahlen, Compensation bei der Restitution der Erbschaft Statt finden soll, während die Uebrigen (ceteri) Theile

61) Pars prima Commentariorum super Codice ad l. filium quem. Familiae hercisc.

62) S. oben Note 49. Zu ihnen scheint auch *Perez* Comm. in Codicem lib. 3 tit. 36 § 18 zu gehören.

63) a. a. O. § 35 solis puta fratribus aut a fratribus et aliis quibusdam, si omnes fingas institutos, quod inquirere utilitatis habet nihil, laboris et curiositatis plurimum.

des Prälegates ohne alle Gegenrechnung zahlen müssen [64]), der weite Spielraum der Hypothese beschränkt. Denn aus dieser Verschiedenheit einiger Miterben und der ceteri geht sehr deutlich hervor, daß nicht alle Miterben des Prälegatars Fideikommißerben sein können [65]). Damit ist die oben angeführte Ansicht des Vakonius a Vakuna und der ihm Gleichgesinnten zurückgewiesen. Denn nimmt man an, daß alle direkte Erben mit Ausnahme des Prälegatars zugleich Fideikommißerben sind [66]), so hat der bei der eben vertheidigten Annahme leicht verständliche Satz: quod a ceteris in eo fundo solvitur, den wir vollkommen wortgetreu so wiedergeben kön-

64) *Ferrettus* ad h. l. nr. 7; Bolley im Tübinger Archiv Bd. 3 S. 45; Lindelof a. a. O. S. 446. Diesen Einwand hat sich *Vaconius a Vacuna* a. a. O. § 4 selbst gemacht, aber unrichtig dadurch entfernt, daß er annimmt, die im fr. 22 D. ad leg. Falcid. erlaubte Compensation trete nur ein, wo der ausdrückliche Wille des Erblassers im Testamente Jemandem etwas angewiesen hat, nicht da, wo, wie in unserer c. 24, der Honorirte nur zur Retention berechtigt sei. Man sehe über diese letzte Ansicht unten Note 124 ff.

65) *Donellus* Comm. in h. l. § 13 sagt von der Interpretation, nach welcher nicht alle direkte Erben zugleich fideikommissarische sind: negari non potest, hanc interpretationem quam optime verbis rescripti convenire.

66) Wie dieß nach dem Vorgange einiger Glossatoren (v. ceteri: secundum alios extranei) Pacius in seiner Ausgabe des Corpus iuris zu dieser Stelle behauptet, indem er die ceteri so erklärt: extranei et alii quam heredes instituti, eos enim diserte a coheredibus distinguit. In seiner spätern Schrift *Εναντιοφανῶν* cent. VI qu. 51 hat er dieselbe Ansicht als Donell a. a. O. § 9, daß die ceteri mit den eben genannten coheredes zu identificiren sind, indem ceteri hier alle heredes im Gegensatze und mit Ausnahme des Sohnes bezeichnen sollen, weil gerade so, wie hinter in supplementum deducto zu suppliren sei: a filio, man auch die ceteri mit alii a filio wiedergeben müsse: eine ebenso unerwiesene Behauptung, als die von Merillius, welche die ceteri mit den quidam alii identificirt.

nen: was von den übrigen direkten Erben (die nicht zugleich Universalfideikommissare sind) an diesem Grundstücke geleistet wird, d. h. die Theile des Grundstückes, welche aus ihrem Erbtheil an den Fiduciar zu leisten sind [67]) — eine durchaus unverständliche Bedeutung. Sind nemlich die ceteri keine direkte Erben [68]), so haben sie ja gar kein Recht an dem Grundstücke, können daher auch keinen Theil desselben leisten. Vallius [69]) verbindet daher diese Worte mit dem unmittelbar vorhergehenden Satze: **si quid deest in supplementum deducto**, und gibt ihre Bedeutung dahin an: **quod supra aestimationem fundi, qui explendae Falcidiae sufficere non potuit, a fideicommissariis solvitur**, was heißen soll: was, nachdem alle Miterben ihre Theile am Grundstücke dem Prälegatar hingegeben haben, noch am Betrage der Trebellianischen Quart fehlt, das müssen diese simpeln Fideikommißerben bezahlen. Wie dieser Sinn in den Worten **in eo fundo** liegen, und wie dieselben so viel als **supra aestimationem fundi** bedeuten können, das wird wohl niemals ein Philologe ergründen können. Zwar behauptet Giphanius, wenn nicht an alle direkte Erben die Erbschaft hätte restituirt werden sollen, so hätte unmöglich hier bloß (**fratribus et**) **quibusdam aliis restituere sanxit** stehn können, sondern es hätte heißen müssen: **quibusdam aliis restituere sanxit, quibusdam non.** Allein obschon wir eine solche Fassung in keinem Falle gut

67) Ganz gleich lautet die Erklärung dieser Worte von Cujacius, Maranus und Grangianus. Nach Schacher § 16 bedeuten die Worte in eo fundo so viel als eius fundi causa, d. h. um ihn von der darauf haftenden Schuldenlast zu befreien; eine hübsche, aber ganz unerweisliche Conjectur.

68) Was Schacher a. a. O. § 16 vertheidigt.

69) ad leg. 24 C. fam. herc. in Otto Thes. Tom. I p. 454.

heißen können, so würde doch gewiß der Concipient dieses Reskripts im Falle, daß allen Miterben die Erbschaft zu restituiren gewesen wäre, statt et quibusdam aliis geschrieben haben: et ceteris coheredibus, indem nur dadurch der ganz vage Begriff der quidam alii, der eben so gut einige Erben als einige extranei bezeichnen konnte, seine genügende Begrenzung erhalten hätte.

Nachdem aber diese Meinung des Giphanius und des Ballius als entschieden unrichtig zurückgewiesen ist, kann es noch ungewiß bleiben, ob die compensirenden Miterben einzig und allein aus den erbenden Geschwistern bestehn, welche Annahme wir mit Mornacius und Merillius zum Grunde gelegt haben, oder ob die compensirenden Miterben die erbenden Geschwister und noch ein Paar Miterben derselben sind, von welcher Annahme Cujacius alles Heil für diese Stelle erwartet. Jenachdem eine von diesen beiden Meinungen gefaßt ist, muß auch die Bedeutung der ceteri in unserm Reskripte eine verschiedene sein. Sie werden natürlich stets diejenigen direkten Erben bezeichnen, welche nicht zugleich Fideikommißerben sind, aber im ersten Falle alle direkte Erben mit Ausnahme der Geschwister, im zweiten Falle alle direkte Erben sowohl mit Ausnahme der Geschwister als auch der zugleich fideikommissarisch bedachten direkten Erben [70]. Wir haben uns für die erste Alternative entschieden, weil unter dieser Voraussetzung eine vollkommene Identität zwischen den compensirenden Miterben und den fratres [71]) entsteht, und diese

70) Gegen einen dritten, noch möglichen, aber nirgends behaupteten Fall, daß unter den quidam alii theils Erben, theils Nichterben verstanden werden müssen, spricht, daß alsdann dieser Ausdruck eine noch vagere Bedeutung haben würde, als es bei der jetzigen Annahme schon der Fall ist.

71) Sie sind zugleich direkte und fideikommissarische Erben.

den quidam alii und den ceteri entgegenstehn, welche wiederum unter sich theils als bloße Fideikommißerben (quidam alii) theils als bloße direkte Erben (ceteri) einen scharfen Gegensatz bilden. Sollen unter den quidam alii, wie Cujacius will, einige direkte Erben begriffen sein, so würden unter dieser Voraussetzung zwar die coheredes die fratres in sich schließen, aber noch einen weitern Umfang haben, also die quidam alii in sich fassen, und diese letztern, weil sie den Brüdern als zugleich direkte und fideikommissarische Erben gleichstehn, gegen die ceteri keinen so scharfen Gegensatz bilden. Endlich wäre es auffallend, daß, wenn unter diesen quidam alii einige Miterben hätten verstanden werden sollen, nicht noch das Wort heredes oder coheredes hinzugefügt wäre. Jedoch wollen wir mit diesen Bemerkungen keineswegs die Möglichkeit der Cujacischen Erklärung ausschließen.

Wir kommen jetzt zu der bestrittensten Frage.

III. Unter welchem Titel hat der Fiduciar das Gütchen?

Schon in der Glosse finden wir hierüber drei Meinungen. Die älteste [72]) und nach der Glossatorenzeit noch lange die gewöhnliche [73]) war die, daß der Sohn das Gut als profectilium peculium habe. Der Hauptgrund dafür war der,

---

72) secundum antiquos heißt es in dem Casus zu unserer l. 24.

73) Bartolus, Baldus, Jason haben sie. *Sichard* Dictata et praelectiones in Codicem ad h. l. erklärt sie noch für die communis opinio. Gewiß sind auch *Perez* und *Petrus Belloius* variorum iuris civilis lib. 2 cap. 2 § 4 in *Meermann* Thes. Tom. IV p. 684 mit ihren unter einander gleichlautenden Worten: filium, quem vivus pater fundum habere passus est, derselben Meinung. Noch Hotoman, A. Faber und Brunnemann erklären sich ausdrücklich für die Pekulienqualität des Landgutes.

daß die Ausdrucksweise **filium habentem fundum** nur von einer solchen vorhandenen Detention des Sohnes an diesem Gute gedeutet werden könne [74]). Daß dieser Grund äußerst schwach ist, liegt am Tage. Denn warum sollte gerade diese Bedeutung von habere hier zum Grunde liegen? warum sollte der Sohn nicht eben so gut in militare peculium oder unter seinen Adventitien das Gütchen haben? und wer sagt uns, daß der Sohn noch in der Gewalt war [75])? Ein zweiter Grund für die Annahme der Pekulieneigenschaft soll darin liegen, daß die Trebellianische Quart nicht an allen Sachen [76]), sondern an diesem einzelnen Grundstücke abgezogen wird [77]), indem die Geschwister und Miterben dem Willen des testirenden Vaters folgen und diesen Abzug an einer einzelnen Sache dulden. Aber woraus wird dieser Wille des Vaters sichtbar? Entweder neulich hat der Vater gar nichts über das von ihm ausgehende Peculium bestimmt, in welchem Falle dasselbe zu gar keinem Theile als ein Voraus zurückbehalten werden kann [78]), sondern mit der Erbschaft communicirt [79]) und gleich

74) So Sichard a. a. O.

75) Donellus a. a. O. § 2; Lindelof im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 S. 444. Mit Recht sagt *Ferrettus* Praelect. in lib. 35 tit. 2 D. ad l. Titia nr. 18 Opera Francof. 1598 p. 507: de peculio hic verbum nullum, neque signum.

76) Wie es die Analogie von der lex Falcidia hergenommen fordert fr. 26, fr. 49 D. ad legem Falcidiam. *Bartolus* in primam partem Codicis commentaria ad h. l.

77) So die Glossatoren Lotharius (v. percepit) und Azo; ebenso Sichard a. a. O. Nr. 6; *Baldus* super primo, secundo et tertio Codicis ad h. l. erklärt diese Annahme, daß an einer zum profectitium peculium des erbenden Sohnes gehörigen Sache die Trebellianische Quart abgezogen werden könne, für unrichtig.

78) *Corasius* a. a. O. § 12.

79) c. 13 C. fam. herc. 3, 36; die Glosse zu c. 24 v. percepit; *Alciati* paradoxa lib. 6 cap. 5; *Donellus* a. a. O. § 2.

jedem andern Erbschaftsstücke gleichmäßig unter die Erben vertheilt werden muß[80]). Oder aus dem präsumirten[81]) Willen des Erblassers geht eine concessio peculii für den Sohn, oder eine Assignation in dessen Erbtheil hervor[82]): dann muß der Theilungsrichter dieß Grundstück dem Sohne ganz allein als ein Erbstück zusprechen[83]). Beides ist nun aber nicht der Fall; das Erste nicht, weil ja der Sohn das Gut ausschließlich für sich haben soll, das Zweite nicht, weil der Sohn nicht im ganzen Umfange das Grundstück hereditario iure

80) c. 12, c. 13 C. de collationibus 6, 20; *Salicetus* a. a. O. Nr. 8.

81) Gegen diese Präsumtion als ein refugium miserorum ist schon theilweise die Glosse.

82) So *Charondas* Verisimilium lib. II cap. 4 in *Otto* Thes. T. I p. 741 (gegen ihn *Schacher* § 8), *Petrus Belloius* a. a. O. und *Iensius* Stricturae ad Codicem p. 544, welcher Letztere zur Bestätigung seiner Ansicht ohne allen Grund auf die Basiliken (s. unten im Texte zu Note 113) provozirt. Bei dieser Meinung haben die Worte unseres Reskripts quod a ceteris in eo fundo solvitur keinen Sinn, indem ja die ceteri coheredes gar keinen Theil an diesem Grundstücke haben, also auch keinen Theil desselben leisten können, indem ferner das ganze Grundstück unter dieser Voraussetzung von dem Sohne hereditario iure besessen werden müßte (was nicht der Fall ist) und deshalb auch ganz zu restituiren wäre, was ebensowenig der Fall ist, da nur die hereditaria pars fundi in die Quart eingerechnet wird, die andern Portionen hingegen zum Theil extra quartam retinirt werden. Die Vertheidiger dieser Ansicht, z. B. Azo, müssen deshalb die Worte in eo fundo mit pro eo fundo, quem habet in peculio paraphrasiren, wobei Husman a. a. O. p. 1748 die sehr natürliche Frage aufstellt, ob wohl sonst jemals die Präposition in statt pro gebraucht sei. Schon Bartolus sagt von der Darstellung Azo's: ista expositio videtur nimis extranea ad textum.

83) *Husman* Paradoxa p. 1748 sagt für den Fall, daß das Grundstück peculium sein soll, ganz richtig: aut revocaretur ad communionem aut ob praesumtam patris voluntatem ex arbitrio iudicis filio totus adiudicaretur.

besitzt, sondern sowohl eine **hereditaria pars** davon, als andere Theile desselben **supra quartam**, also **singulari titulo** hat, welche letztere der Sohn durchaus nicht wie die erste zu restituiren oder in die Quart zu imputiren verpflichtet ist. Oder endlich das Pekulium ist dem Pekulien-Innehaber legirt, dann hat der Sohn es nicht mehr **peculii**, sondern **legati iure**, und die anfängliche Pekulien-Natur kommt dabei gar nicht weiter in Betracht [84], weshalb auch einige Juristen, welche die Pekulieneigenschaft des Landgutes vertheidigen, außerdem noch annehmen, daß es im Testamente diesem Sohne prälegirt sei [85].

Die zweite Ansicht, welche sich in der Glosse findet, geht dahin, das hier in Rede stehende Gut sei von dem Vater **mortis causa** oder **inter vivos** dem Sohne geschenkt, entweder ausdrücklich oder indirekt, z. B. durch einen Kauf in des Sohnes Namen [86]; die Confirmation durch den Tod sei sowohl, weil die Schenkung an ein Hauskind, als weil sie immense, nöthig gewesen [87]. Diese Ansicht [88] müssen wir entschieden verwerfen, weil wir wissen, daß eine solche Schen-

84) *Maranus* a. a. O. p. 594; Lindelof a. a. O. S. 444.

85) So nach Bartolus in primam partem Codicis commentaria ad h. l. *Iacobus a Ravanis*.

86) wie in c. 18 C. fam. herc. 3, 36.

87) Hugolinus hat diese Ansicht und der seiner Meinung nicht treu bleibende Azo. Man vgl. den Casus der Glosse zu l. 24 und die Glosse zu den Worten hereditaria portione. Auch *Salicetus* a. a. O. Nr. 16 und 17 tritt ihr bei, aber unter der unrichtigen Voraussetzung, daß eine jede Schenkung an ein Hauskind die Wirkung eines Prälegates habe.

88) Mag sie auch in einer möglichen Auslegung des fr. 2 § 2 D. pro herede 41, 5 eine scheinbare Unterstützung finden. Schacher a. a. O. p. 7.

Digitized by Google

fung gar nicht in die Trebellianische Quart eingerechnet wird, da sie ja keineswegs als aus dem letzten Willen des Erblassers erworben gelten kann, von diesem Grundstücke aber ein Theil in die Trebellianische Quart eingerechnet wird [89]) (**hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta**). Ferner spricht der Umstand entschieden gegen die Annahme einer Schenkung, daß eine solche niemals mit dem Universalfideikommisse restituirt werden darf [90]). Nun wird aber dieß Grundstück bei Gelegenheit des Abzuges der Trebellianischen Quart seiner **hereditaria pars** noch in die Quart eingerechnet, was ja dasselbe bezeichnet, als wenn es restituirt werden soll [91]).

Die dritte Ansicht der Glosse endlich, als deren Begründer Johannes Bassianus genannt wird, hat lange Zeit bedurft [92]), bis sie sich allmählig zur herrschenden aufgeschwungen hat [93]). Darnach hat der Vater seinem Sohne ein Grund-

---

89) Diesen Grund heben besonders *Corasius* a. a. O. § 14, *Ferrettus* a. a. O. nr. 19, *Donellus* § 2 und *Husman* hervor.

90) fr. 68 De legatis II. 31; *Bartolus* ad h. l.; Dinus nach der Mittheilung von Baldus, welcher Letzte freilich meint, weil die Anordnung der Schenkung früher als die des Universalfideikommisses getroffen sei, so müsse jene mitrestituirt werden *Giphanius* a. a. O. p. 181.

91) *Ferrettus* nr. 19; v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 430.

92) Cynus nennt diese Interpretation eine improbabilis et ab aula reiecta; Baldus nennt den Fall des zum Grunde gelegten Prälegates casus ineptus et impertinens literae.

93) Ihre Vertheidiger sind hauptsächlich: *Theodorus* in dem Scholion zu den Basiliken zu lib. 42 tit. 3 l. 79; *Ferrettus* a. a. O. nr. 18; *Alciatus* Paradoxa lib. 6 cap. 5; *Arnaldus Ferrerius, Cuiacius, Donellus, Mornacius, Pacius* Εναντιοφανῶν Centuria VI qu. 51, *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 thes. 3 litt. B. et C. p. 865, *Wissenbach* Disp. 18 ad Dig. titt. fin. reg., fam. herc., comm. div. § 16, *Grangianus* Paradoxa iur. civ. cap. 49 in *Otto* Thes.

stück prälegirt und ihn gebeten, seinen Erbtheil zu restituiren. Der Ausdruck habentem (fundum) ist dieser Auslegung durchaus nicht entgegen [94]). Denn einmal kann man sagen: im Sinne des Testators gilt der von ihm Honorirte schon als habens, sobald er nur die Disposition ausgesprochen hat [95]), sodann ist von Alciat darauf aufmerksam gemacht, daß bei Anordnung der Vermächtnisse, sowohl der Präceptions [96])- als der Vindikations-Legate [97]) das Wort habere häufig gebraucht worden sei. Daraus ferner, daß ein Prälegat mit der familiae herciscundae actio eingefordert werden kann [98]), erklärt sich die Aufnahme dieses Reskripts in den Titel familiae

T. V p. 639, *Nieto* cap. 4 § 18, *Schacher* § 12, Nettelbladt von den Prälegaten S. 52, 53, *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 107; R. Schneider in der Deutschen Uebersetzung dieses Reskripts Note 132, 133, Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 190, v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 494.

94) Bartolus behauptet, aus dem Worte habentem folge, daß der Sohn das Gut schon bei Lebzeiten des Vaters gehabt habe. Allein richtiger ist es, z. B. auf Grund von fr. 2 § 1 De divortiis 24, 2 mit *Ferretlus* zu unserer Stelle nr. 10 zu sagen, habere sei ein verbum latissimum et generale, aus dem allein nichts mit Bestimmtheit geschlossen werden kann.

95) *Corasius* a. a. O. § 11 erklärt habentem mit habiturum post mortem defuncti; *Donellus* sagt a. a. O. § 2, das Wort habentem sei mit restituere, nicht a parte anteriore zu verbinden, als wenn es heiße: filius, qui habet fundum, rogatus est restituere, sondern a parte posteriore, als wenn es heiße: filius rogatus est fundum restituere, ita ut prius fundum haberet, quem nisi praeceptum et deductum habere non potuit. Westphal einzelne Vermächtnißarten § 753 erklärt habentem fundum sachrichtig so: ita ut fundum ut praelegatum retineat. S. unten die Basilikenstelle zu Note 114.

96) fr. 88 pr. De legatis II, 31; die Worte Cap. 20 Note 27.

97) Gaii Epitome II, 5, 1: illam rem tibi praesume, habe, vindica. Man vgl. die Conjecturen zum ächten Gaius II, 193.

98) c. 7 C. familiae hercisc. 3, 36.

herciscundae, obschon [99]) diese Stellung des Reskriptes auch bei der Annahme eines peculii gerechtfertigt ist [100]), da, wie bemerkt (Note 78, 79), die Gegenstände des Pekuliums mit zur Vertheilung der Erbschaft gehören. Ja, die Glosse [101]) geht ganz richtig noch weiter, indem sie auch ohne alle Rücksicht auf das Grundstück schon wegen des Vorhandenseins von Miterben die Stellung dieses Reskripts in dem Titel familiae herciscundae vollkommen begründet findet [102]). Entscheidend aber für die Existenz eines Prälegates in dem vorliegenden Falle ist die Unterscheidung von zweierlei Erwerbarten des Gutes in Beziehung auf seine verschiedenen Theile, indem hier eine hereditaria pars von der unterschieden wird, welche von den übrigen Miterben [103]) gezahlt und außerhalb der Quart besessen wird [104]). Freilich hat A. Faber gegen diese Auslegung unseres Reskripts die letzten Worte desselben eingewendet, welche bedeuteten: der Sohn solle das, was von den Uebrigen an diesem Gute geleistet wird und was die Quart übersteigt, den Fideikommißerben herauszahlen [105]). Wenn,

---

99) wie *Giphanius* p. 188 hervorhebt.

100) Dieß übersieht *v. d. Pfordten* Diss. p. 107.

101) v. filium, und Baldus ebenda.

102) Auch *Paulus Castrensis* Pars prima commentariorum super Codice zu unserer Stelle schreibt: totum hoc expedietur officio iudicis dividentis hereditatem.

103) Wir sind jedoch weit entfernt, die Worte unseres Reskripts quod a ceteris in eo fundo solvitur von allen übrigen Erben mit Ausnahme des Fiduciars zu verstehn, wie dieß Pacius thut, indem er dabei die ganze hier vorkommende Compensation völlig übersieht.

104) So *Ferrettus* nr. 18, *Cuiacius*, *Giphanius* p. 186, *Schacher* § 11, Lindelof S. 444.

105) Ebenso verstehn die letzten Worte *Husman* a. a. O. p. 1752 und *Vallius* a. a. O. p. 456.

so sagt er [105a]), der Fiduciar diese Theile des Gutes restituiren soll, so kann ja kein Prälegat vorliegen, da er ein solches, wie wir aus fr. 86 D. ad leg. Falcid. wüßten, ganz zurückbehalte. Aber in der That enthalten die letzten Worte unseres Reskripts diese Retentionsbefugniß des Fiduciars. Sie heißen: **quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens**, und bilden eine Apposition zum ersten Worte des Reskriptes: **filium** [106]).

Dieß Letztere ist wohl vielfach darum verkannt, weil hier ein Beispiel der von den neuesten Grammatikern [107]) mit **attractio inversa** bezeichneten Redefigur sich findet, wornach das Substantiv aus dem Hauptsatze zwar in den relativen Nebensatz hineingezogen, aber dem Pronomen relativum selbst vorangestellt wird, so daß dieß Pronomen auf das vorhergehende Hauptwort einwirkt und es dem Casus nach an sich zieht, hier also den Nominativ in den Accusativ verwandelt [108]), wie in der bekannten Stelle des Virgil [109]): **urbem, quam statuo, vestra est** [110]). **Habens** ist daher nicht das Objekt, von

105a) Coniecturae 6, 4 u. 5. Es hängt dieß mit seiner unrichtigen Ansicht über die Verschiedenheit der Trebellianischen und Falcidischen Quart zusammen.

106) Schon eine Glosse v. filium sagt von dieser Construction: **erit suspensiva usque ad finem.**

107) Krüger die Attraction in der latein. Sprache. Braunschweig 1827 § 10 ff. Die ältern Grammatiker nannten diese Figur **Syllepsis** oder insbesondere **Antiptosis**; Billroth will sie zu den Anakoluthen zählen.

108) Krüger a. a. O. § 87 ... 91.

109) Aeneis I, 577.

110) Nicht blos bei lateinischen Schauspieldichtern, welche griechische Muster befolgen, finden sich ganz gleiche Beispiele für diese Redefigur, bei Plautus (z. B. **Amphytruo IV, 1, 1: Naucratem,** quem convenire volui, in nave non erat), bei Terentius (z. B. Eu-

Digitized by Google

reddere compellitur regiert, indem das Participium Aktivi niemals für ein Participium Passivi stehn kann [111]); sondern

nuchus IV, 3, 11: Eunuchum, quem dedisti nobis, quas turbas dedit), bei Seneca (Hercules Oetaeus v. 410: hunc, quem ire videa, levis est), sondern auch bei Römischen Prosaikern, bei Petronius (Satyricon cap. 131: hunc adolescentem, quem vides, malo astro natus est), namentlich in unserm Corpus iuris, in einer von Scävola mitgetheilten Stipulationsformel im fr. 122 De Verborum obligationibus (si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi dedi, liberatus non erit) und in c. 14 C. de fideicommissis 6, 42, einer Verordnung von Valerian und Gallienus (eam, quam frater tuus instituerat, sive quaesita, sive non quaesita hereditate decesserit). — Wenn daher ein Jurist des vierzehnten Jahrhunderts, wie **Baldus**, von dieser Redefigur sagt: **mala grammatica, quam iura non patiuntur**, so ist dieß entschuldbar; allenfalls auch noch, wenn *Hotomanus* Obss. XI, 7 von dieser Attraction schreibt: videamus, ne vel pueris Grammaticam discentibus probari non possit; aber kaum zu glauben ist es, daß **Jensius**, der sich als Schüler **Gronov's** und als ehemaliger Schulmonarch das Ansehn gibt, ein gründlicher Grieche zu sein, von dieser Construction in seinen Stricturae ad Codicem p. 545 sagt: sie soll griechisch sein, aber nur in Aelians Variae historiae — wo jedoch nur IV, 33 eine attractio inversa für Adverbien steht, *Lobeck* ad Phrynichum p. 44 — finden sich Spuren einer solchen Nachlässigkeit in der Construction. Ihm sind also unbekannt geblieben die Beispiele der besten griechischen Dichter: Solon (Fragm. 5 v. 9 bei *Brunck* Gnomici Poetae p. 105), Sophokles (z. B. Trachyn. v. 382), Euripides (Orestes v. 1645), Aristophanes (Ecclesiast. v. 638), ebenso die Prosaiker von den ältesten bis auf die spätesten Zeiten, Herodot (II, 106), Plato (de legibus V, 740 D. ed. *Stallbaum* T. VI p. 132), Xenophon (Anabasis 5, 5 § 19), Strabo (I, 67), St. Matthäus (21, 42), St. Paulus (1 Corinther 10, 16), St. Petrus (erste Epistel 2, 7), Chariton von Chärea (7, 6 und 8, 2), wo überall der Nominativ des Hauptwortes in den Accusativ, in welchem das Pronomen relativum steht, umgewandelt ist. **Jensius**, wie auch **Schacher** § 11 und *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis § 106 sind geneigt, mit **Donellus** filium quem für filiorum aliquem zu nehmen, was ebenso unpassend erscheint, als der Vorschlag einer Glosse v. **filium, quem**, d. h. aliquem zu fundum zu ziehn.

111) Die imperio continentia iudicia des Gaius IV, 80 und

habens (verbunden mit **filium**) ist das Subjekt zu **reddere compellitur**, und das Objekt dazu **hereditatis portionem** ist aus dem ersten Satze herauszunehmen [112]), wie auch die Basiliken [113]) dieses Reskript von Anfang bis zu Ende so wiedergeben: **filius cum fratribus suis heres institutus et rogatus fundum totum retinere** [114]), **et partem hereditatis fratribus et quibusdam aliis restituere, si suppletum sit id, quod ei ad Falcidiam deest, fideicommissum restituere** [115]) **compellitur. Habens** bedeutet hier also so viel als **retinens** oder **pleno iure possidens** [116]). Ferner erklärt sich aus der Annahme eines Prälegates am Besten, wie es kommt, daß gerade an diesem Grundstücke die Berechnung der Trebellianischen Quart geschieht. Denn diese findet allerdings dann an einer einzelnen Sache Statt, wenn der Testator eine solche, als die von der Erbschaft zurückzubehaltende, wie hier bezeichnet hat [117]). Endlich scheint ein Umstand, welchen

---

die liberi habentes in potestate bei Paulus Vatic. fragm. § 229 sind etwas ganz Abnormes.

112) So Donellus a. a. O. § 5, *v. d. Pfordten* Diss. p. 108.

113) Basilica lib. 42 tit. 3 l. 79 in der Heimbachschen Ausgabe.

114) Den hier bei Heimbach folgenden Worten et partem retinere entspricht Nichts im griechischen Texte; sie stehn daher nur irrthümlich.

115) Wortgetreuer hieße es: facere restitutionem ohne fideicommissum.

116) So *Dirksen* Manuale v. habere § 1 A.

117) § 5, § 9 I. de fideic. hered. 2, 23; *Maranus* a. a. O. Die Ansicht von *Salicetus* a. a. O. Nr. 8, nach welcher die Quart an einer Sache abgezogen werden kann, wenn der Fideikommissar es sich gefallen läßt, oder auch gegen den Willen desselben, wenn es der Richter befiehlt, hat wenigstens keine direkte Bestätigung in den Quellen.

Husman [118]) gegen diese Annahme eines Prälegates vorbringt, gerade dieselbe zu bestätigen. Er sagt nemlich: wäre diese Ansicht über den dem Reskripte zu Grunde liegenden Rechtsfall die richtige, so wäre der Erlaß dieses Reskripts nicht sehr nothwendig gewesen, weil die Entscheidung in einem solchen Falle als eine sehr leichte hätte gelten müssen (utpote liquidissimo iure notissima). Husman hat auch hierin ganz die richtige Natur nicht bloß der Reskripte im Allgemeinen, sondern auch insbesondere unseres Reskriptes angegeben, indem dasselbe sich durchaus nicht von den aus fr. 22, fr. 86 und fr. 91 D. ad legem Falcidiam über die Restitution der Prälegate zu abstrahirenden Rechtsregeln entfernt [119]).

Unmöglich kann man in der Bestimmung dieses Falles so weit gehn, daß man die Wortform bestimmt, in welcher das Grundstück dem erbenden Sohne hinterlassen gewesen. Zwar versichert Alciat in seinen Paradoxen [120]), daß ein Vindikationslegat vorliege, jedoch in seinem Commentar zum Digestentitel ad legem Falcidiam ad l. 91 spricht er sich behutsamer dahin aus: legato vindicationis erat relictus, vel aliter eum possidebat. Eher kann man sich an Maranus anschließen, welcher, da keine ausdrücklichen Legatsworte vorliegen, ein Singularfideikommiß annehmen zu müssen meint [121]).

---

118) a. a. O. p. 1749.

119) *Schacher* § 13 sagt mit Recht: nemo non videt Imperatores secundum iuris communis regulas rescripsisse.

120) VI, 5. Dieselbe Behauptung findet sich in der Lyoner Folioausgabe des Codex von 1553, in dem Casus dieses Reskripts. *Corasius* § 8 meint im Gegentheil, kein Vindikations-, sondern nur ein Präceptionslegat könne vorliegen. S. dagegen das erste Capitel Note 29.

121) Opera ed. *Trotz* p. 597. Dafür sprechen die Worte: quod a ceteris in eo fundo solvitur, welche eine obligatio der Miterben, also Damnationslegat oder Fideikommiß voraussetzen.

Bakonius a Bakuna[122]), **Corasius**[123]), **Grangianus**[124]) und **Goveanus**[125]) weichen nur in der Form von unserer Ansicht ab, obwohl sie im vorliegenden Falle weder ein Legat, noch ein Fideikommiß, sondern die bloße Anwendung des Retinirens finden wollen. Diese Ansicht[126]) hängt mit der nicht bloß von diesen Juristen vertheidigten Meinung zusammen, wornach der Fall der Restitution der Erbschaft re aliqua retenta s. deducta nicht ein Prälegat genannt werden solle. Diese Meinung ist aber entschieden unrichtig. Denn daß in einem solchen Falle ein Legat vorliegt, erkennen wir aus fr. 40 § 1 De legatis III[126a]), und daß es ein Prälegat ist, läßt sich theils daraus beweisen, daß der Erbe das damit honorirte und die ganze Erbschaft das damit belastete Subjekt ist[127]), theils daraus, daß gerade in einem solchen Falle das Wort retinere mit praelegare vertauscht und beides identisch gebraucht wird[128]).

Eine noch anders modificirte Meinung hat **Husman**. Der Sohn soll auf das Landgut zum Erben eingesetzt sein und auch als Erbe gelten, weil alle Erben auf certae res

---

122) a. a. O. Nr. 2.

123) a. a. O. § 6, 7, 16; er folgt darin dem *Politus*, gegen den *Alciat* Paradoxa 6, 5 kämpft.

124) Paradoxa iuris civ. cap. 49 in *Otto* Thes. T. V p. 639.

129) Im Commentar zum Digestentitel ad legem Falcid. ad l. 91.

126) Sie hätten für diese Ansicht mit vielem Schein auf die Basiliken sich berufen können (s. oben zu Note 114). *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 25 will die Retention neben dem Prälegiren ausgesprochen finden.

126a) Die Worte im zehnten Capitel Note 24.

127) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

128) fr. 3 § 3 De usuris 22, 1. Die Worte im fünften Capitel Note 41.

instituirt wären [129]. Diese Ansicht stimmt materiell mit der hier vertheidigten, indem ja dergleichen **res certae** als Prälegate von den Römischen Juristen betrachtet wurden [130]), mit welchem Rechtssatze Husman freilich selbst unbekannt geblieben zu sein scheint; denn er streitet dafür, diese **res certa** sei auch in ihrem ganzen Umfange **hereditario iure** erworben. Wenn Husman noch weiter behauptet, daß der Testator durch solche specielle Anweisungen sein ganzes Vermögen vertheilt habe, so halten wir diese Behauptung für unstatthaft, weniger deshalb, weil nicht bloß drei Kinder, sondern nach Husman's Annahme auch drei Fremde zur Erbschaft berufen sind, als besonders aus dem Grunde, weil in dem Reskripte der **fundus** neben der **portio hereditatis** so genannt wird, daß man nicht gut die Identität beider Objekte vertheidigen kann.

Nehmen wir nun ein Prälegat als den wahren Erwerbtitel des Grundstückes im vorliegenden Falle an, so wird dasselbe nach doppeltem Rechte **hereditario** und **legati iure** besessen [131]), nicht aber, wie Maranus [132]) behauptet, nach dreifachem Rechte, nemlich theils **hereditario iure**, theils **fideicommissi simplicis iure**, insoweit er das Gut von denjenigen Miterben bekommt, denen er Nichts von seinem Erbtheil restituirt, theils **fideicommissi implendae conditionis causa** [133]), insoweit er den Werth des Landgutes mit seinem

---

129) a. a. O. p. 1750.

130) fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5. Vgl. das zehnte Capitel zu Note 39 ff.

131) *Vallius* a. a. O. p. 454; Donellus a. a. O. § 6.

132) a. a. O. p. 597: triplici iure. Er hat hierin einen Vorgänger an Johannes Bassianus.

133) Gegen einen solchen Titel erklärt sich *Corasius* a. a. O. § 21.

zu restituirenden Erbtheile compensirt. Allerdings ist einmal in den Quellen von einem **fideicommissum conditionis implendae causa** die Rede, unterschieden von dem, was geradezu **conditionis implendae causa** dem Erben gegeben wird [134]), wornach Jenes im Gegensatze von Diesem [135]) in die Quart eingerechnet werden soll. Aber es läßt sich der Beweis gar nicht führen, daß in unsern Falle von Seiten der Fideikommißerben irgend eine Bedingung zu erfüllen gewesen wäre [136]); und deshalb kann kein Theil des hier hinterlassenen Vermächtnisses als ein **fideicommissum implendae conditionis causa** betrachtet werden. Dazu kommt noch, daß wir dem Testator eine Bizarrerie aufbürden müßten, wenn wir annehmen würden, daß unter verschiedenen Fideikommißformen dieß Grundstück hinterlassen wäre.

Nachdem wir nun gezeigt haben, daß die Ansicht, welche ein Prälegat hier zum Grunde legt, den Sieg davon tragen muß, so ist noch eine genauere Feststellung über die Modifikation nothwendig, mit welcher dieß Prälegat hinterlassen ist. Gewöhnlich wird angenommen, das prälegirte Grundstück sei unbedingt hinterlassen [137]). Wäre dieß richtig, so würde daraus folgen, daß dasselbe sogleich beim Antritte der Erbschaft in dem Eigenthume des ältesten Sohnes gewesen sei, also vor dem Eintritte der Bedingung des Universalfideikommisses, deren

---

134) fr. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2. *Salicetus*, *Vallius* a. a. O. p. 437. Freilich wird von mehreren Juristen die Aechtheit der hierher gehörigen Worte in Zweifel gezogen. Vgl. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 496 f.

135) Vgl. fr. 30 § 7 D. eod.; fr. 44 § 4 De cond. et dem. 35, 1.

136) Wie wir unten, bei der Beantwortung der vierten Frage, zeigen werden.

137) *Vallius* und *Iensius* sagen ausdrücklich: pure.

Eintritt überhaupt ungewiß war. Wie konnte aber alsdann bei dem dereinstigen Eintritte der Bedingung von einem vice mutua compensare mit dem Prälegate die Rede sein, nachdem der Erwerb dieses Vorvermächtnisses längst vollzogen war? da ferner bei der gleich anfänglichen Leistung des Prälegates eine bedingte Forderung doch nicht mit einer unbedingten aufgerechnet werden konnte? und wie konnte endlich in dem Reskripte gesagt werden, daß dieses Prälegat zur Zeit der zu restituirenden Erbschaft geleistet werde (quod a ceteris in eo fundo solvitur), wenn schon vorher dem Prälegatar legati iure das Grundstück erworben gewesen wäre? Jene Worte schließen auch die Möglichkeit aus, daß etwa gegen eine Caution das Prälegat geleistet war. Es muß also das Prälegat bedingt hinterlassen sein [138]. Dieß führt nun auf die vierte Frage.

IV. Unter welcher Bedingung soll das Prälegat erworben und die Erbschaft herausgegeben werden?

Die Glosse läßt das Prälegat unter einer zufälligen [139]) Bedingung hinterlassen sein und die Restitution der Erbschaft von einer Potestativbedingung, z. B. wenn die Fideikommißerben dem Sohne zehn zahlen, abhängen. Allein zwei verschiedene Bedingungen können wir nicht annehmen, da unser Text nur von einer conditio im Singular spricht [140]). Es fragt sich nur weiter, von welcher Beschaffenheit muß diese

138) *Maranus* in seinen Opera p. 597.

139) So auch *Azo* in seiner Summa, und *Alciatus* Paradoxa VI, 5.

140) sub conditione . . . post eius eventum . . So schon *Ferrettus* Prael. in h. l. nr. 3 Opera p. 120, *Corasius* a. a. O. § 20, § 35.

dem Erwerbe des Prälegates und der Restitution der Erbschaft gemeinsame Bedingung sein? Corasius[141]) und Giphanius[142]) stellen als die Bedingung, unter welcher der älteste Bruder seine Erbportion restituiren soll, die auf: wenn der Fiduciar ohne Kinder sterben sollte, weil dieß eine bei der Restitution der Erbschaft übliche Bedingung sei. Der letzte Jurist bemerkt dabei richtig, daß, wenn jene Bedingung einträte, die Fideikommißerben die Restitution der Erbschaft erst von den Erben ihres Bruders einfordern könnten. Da es nun aber hier heißt *filium* reddere compellitur, so muß man sich gegen diese Bedingung erklären und eine solche Bedingung zum Grunde legen, daß ihren Eintritt der Fiduciar noch erleben kann. Außerdem spricht noch folgender Umstand gegen die Annahme einer solchen Bedingung. Wir haben eben gezeigt, daß unter derselben Bedingung, unter welcher die Restitution der Erbschaft angeordnet ist, auch das Prälegat als hinterlassen gelten muß. Welchen Sinn kann es nun wohl haben, wenn wir das Gut dem ältesten Sohne unter der Bedingung vermacht finden, daß er ohne Leibeserben stürbe? Giphanius scheint sich selber einen ähnlichen Einwand gemacht zu haben; denn er ist geneigt, eventuell die casuelle Bedingung zum Grunde zu legen, welche wir aufgestellt haben, nemlich: wenn mein Schiff glücklich aus Asien zurückkehrt[143]). Eine solche casuelle[144]) Bedingung ist für beide Rechtsgeschäfte zu-

141) a. a. O. § 21.

142) a. a. O. p. 189.

143) Diese Bedingung legen die Glosse v. filium, Azo, Alciat, Bakonius a Bakuna, Cujacius, Maranus, Donellus zum Grunde. Grangianus läßt dem Leser die Wahl, ob die Bedingung der Institution das kinderlose Absterben des Fiduciars oder die glückliche Heimkehr eines Schiffes aus Asien sein soll.

144) Die Annahme einer casuellen Bedingung wird nach *Fer-*

Digitized by Google

sammen natürlich passender anzunehmen, als eine potestative von Seiten des Sohnes oder von Seiten der fideikommissarischen Erben[145]), namentlich daß die Letztern dem Fiduciar eine Summe zahlen. Diese Zahlung wird aber nur von einigen Juristen[146]) als die Erfüllung der eigentlichen Bedingung gefordert, indem sie von Andern[147]) ausdrücklich neben der sonstigen casuellen Bedingung genannt wird, während noch Andere diese Leistung als ein simples Vermächtniß hinstellen und hin und wieder es nicht deutlich ausgesprochen ist[148]), ob diese Zahlung als Erfüllung einer Bedingung oder als selbstständiges Vermächtniß angeordnet sei. Diese so vielfach

---

rettus a. a. O. nr. 7 dadurch gerechtfertigt, daß es heißt: post eius conditionis eventum, indem bei potestativen Bedingungen der Ausdruck impleri, nicht evenire üblich sei. Dafür spricht fr. 60 pr. De cond. et dem. 35, 1.

145) Brunnemann ist der einzige Jurist, der eine doppelte Bedingung aufgestellt hat: wenn der Fiduciar in den Krieg zieht, und: wenn die Fideikommißerben ihm zehn zahlen.

146) Von Johannes Bassianus, der die Miterben zehn, die fremden Fideikommissarien fünf zahlen läßt, von Charondas, von Giphanius, von Salicetus, von Schacher § 14, welcher die Fideikommißerben das prälegirte Grundstück von den dasselbe belastenden Schulden befreien läßt arg. fr. 94 D. ad leg. Falcid. 35, 2, wogegen Lindelof im Archiv Bd. 4 S. 447.

147) Von Azo, von dem Verfasser des Casus dieser Stelle in der Lyoner Folioausgabe von 1543, von Donellus, der entweder Geld oder nicht erbschaftliche Sachen die Miterben dem Fiduciar zahlen läßt, von D. Gothofredus zu dieser c. 24, von Brunnemann, von Jensius, von R. Schneider.

148) Perceptis a coheredibus pone decem sagt die Glosse v. filium, a coheredibus decem aureos praestari sagt *Vaconius a Vacuna* § 2, acceptis quinque sagt Pacius, accepta pecunia sagt Perez. Da jedoch die Glosse diese Leistung conditionis implendae causa geschehn läßt, so ist bei ihr unstreitig, sowie wahrscheinlich auch von Pacius und Perez hier eine Bedingung zum Grunde gelegt.

verlangte Leistung von Seiten der fideikommissarischen Erben führt auf eine neue Frage.

V. Was ist Gegenstand der Compensation?

Die zu restituirende Erbschaft soll nach einer von uns für unrichtig gehaltenen Ansicht mit Dem compensirt werden, was die fideikommissarischen Miterben entweder **conditionis implendae causa** oder als wirkliches Vermächtniß an den Fiduciar zahlen sollen. Diese Ansicht stellen die eben vorher genannten Juristen auf, welche die besondere Leistung einer Summe in diesem Falle für nöthig erachten. Wie sind sie nun aber zu dieser Ansicht gekommen, zu welcher unser Text nicht die mindeste Andeutung an die Hand zu geben scheint? Nur durch die Worte unseres Reskriptes **compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit**, Worte, welche die ältesten Glossatoren gar nicht verstanden und daher auch bei der Bildung des diesem Reskripte zu Grunde gelegten Falles ganz außer Acht gelassen haben. Später sind zur Erklärung dieser Worte in der Glosse zwei Ansichten aufgestellt, deren Gemeinsames sich am Besten in folgendem Beispiele zeigen läßt.

Die Erbschaft beträgt 300; drei Söhne sind zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt; der Aelteste, dem ein Grundstück zum Voraus zusteht, soll seinen Miterben seinen Erbtheil herausgeben und dafür zehn von ihnen erhalten. In dem zuerst von einigen Glossatoren gebildeten Falle wird der Werth des Grundstückes, um das es sich hier handelt, auf zwölf berechnet, und die Entscheidung fällt dahin aus. Der Aelteste kann 25 als Quart zurückbehalten; in diese Quart soll zuerst der Erbantheil des Grundstückes (4), sodann das eingerechnet werden, was die Miterben zahlen [149] (10), ferner noch die bei-

149) Schon Baldus a. a. O. erklärt sich gegen die Einrech-

den Antheile des Grundstückes, welche die Miterben von ihren Erbquoten zu leisten haben (8). Weil aber damit noch nicht die Quart gedeckt war (es waren erst 22 gewonnen), so stimmte diese faktische Voraussetzung nicht mit den Worten des Reskripts: quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens überein, welche Worte bezeichnen sollten, daß durch die von den Miterben geleistete Zahlung der Theile am Prälegate mehr als die Quart herauskommt: Deshalb sollte nach der Meinung einiger spätern Glossatoren, um den Fall ganz sach- und wortgemäß zu fassen, der Werth des Grundstückes höher als die Quart, z. B. auf 30 gestellt werden. Nun hat der Fiduciar 10 aus seinem Erbtheile, 10 von seinen Miterben als Erfüllung einer Bedingung gezahlt erhalten, und 20 von denselben Miterben aus ihren Erbtheilen am Grundstücke empfangen, also 15 mehr als er durch die Quart erlangen kann [150]). Compensiren heiße hier also nichts anderes, als in die Trebellianische Quart einrechnen [151]); und eingerechnet werde die von den Fideikommißerben zu zahlende Summe [152]). Dieß erscheint nun aber durchaus als unrichtig, da diese Summe nicht hereditario iure von dem Prälegatar erworben wird, und nur der hereditario iure gemachte Erwerb

nung desselben, was conditionis implendae causa gezahlt wird, in die Quart, und mit Recht, da dieses nach fr. 44 § 4 De cond. et dem. 35, 1 nicht restituirt werden sol. Vgl. oben Note 134 ff.

150) Derselbe Baldus sagt: secundum exemplum aptius est. Dasselbe ist die Ansicht von Bartolus, Paulus Castrensis und Goveanus.

151) *Corasius* a. a. O. § 35; *Hotamanus* Obss. lib. 11 cap. 7; *Claudius Chifletius* de portione legitima cap. 13: compensatio pro imputatione est.

152) *Wissenbach* Disp. 18 § 16: imputat quod a coheredibus vice mutua percepit.

in die Trebellianische, wie in die Falcidische Quart eingerechnet werden darf [153]).

Nach unserer Ansicht sind die Gegenstände der Compensation von der einen Seite der zu restituirende Erbtheil des ältesten Sohnes, von der andern Seite die durch dessen Brüder an ihn zu leistenden Theile des Prälegates [154]). Dieß sagen die Worte **quod a coheredibus vice mutua percepit.** Denn da sie sich unmittelbar an die Worte **hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta** anschließen, so schien es nicht nöthig, bei dieser unmittelbaren Wortfolge noch zur genauern Bezeichnung des Objekts der Compensation hier die Worte **in eo praedio s. fundo** hinzuzufügen, welche Worte wir allerdings ein Paar Zeilen weiter zur nöthigen Verdeutlichung (**quod a ceteris in eo fundo solvitur**) lesen [155]). Giphanius [156]) wendet zwar gegen diese Auslegung ein, daß dieselbe unjuristisch sei, indem darnach die von den Miterben erworbenen Theile des Prälegates compensirt, d. h. in

153) fr. 74 D. ad leg. Falcid. 35, 2: quod quis legatorum nomine a coherede accipit in quadrantem ei non imputatur.

154) Alciat hält dafür, daß ein Widerspruch zwischen unserer c. 24 und dem fr. 22 D. ad leg. Falcid. 35, 2 stattfinde, indem hier nicht, wie im fr. 22 Alles, sondern nur die von den Miterben empfangenen Theile des Prälegates eingerechnet werden, und er versucht diesen Unterschied durch die Annahme eines Vindikationslegates in unserer Stelle zu erklären; aber er hat übersehn, daß im fr. 22 Wechsellegate zum Grunde liegen, daß also dort Nesennius nichts von sich, sondern alle Legatstheile von seinen Miterben bekommt. Vgl. v. Buchholtz in Sell Jahrbüchern Bd. 3 Nr. 7.

155) Dadurch wird der Einwand von Donellus § 6 zurückgewiesen, welcher meint, daß, wenn unsere im Texte aufgestellte Meinung, die wir namentlich bei Mornacius finden, die richtige sein solle, nothwendig die Worte in eo fundo hier hätten hinzugefügt werden müssen.

156) Explanatio p. 190, 192.

die Trebellianische Quart eingerechnet werden, was nicht geschehn soll. Allein diese gewöhnliche auch von ihm und von Schacher weitläufig vertheidigte Annahme, daß **compensare** und **in quartam imputare** identisch sei, ist ja unrichtig [157]). Der Einwand des Charondas gegen unsere Meinung, es könne ja doch nicht mit einem Grundstücke gegen Erbtheile compensirt werden [158]), trifft nicht, da eine solche Compensation im **fr. 78 pr. De hered. inst.** und im **fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell.** ebenfalls für zulässig erklärt wird [159]). Es mußte nämlich, damit der Erbe sich in seiner Quart für verletzt erklären konnte, eine Taxe aller einzelner Erbstücke vorangehn, und bei der Berechnung der Taxwerth derselben und der Erbschaft selbst in Betracht gezogen werden [160]). Auf eine andere Weise will Donellus [161]) hier die Statthaftigkeit der Compensation rechtfertigen. Er sagt: der Sohn ist theils Creditor auf die ihm schuldige Trebellianische Quart, theils ist er Schuldner in Beziehung auf die Einrechnung dessen in die Quart, was er von den Erben bekommt. Diese Ansicht ist unrichtig. Wir können zugestehn, daß, wenn der Fiduciar seinen ganzen Erbtheil herausgegeben hat, er nun als Gläubiger auf den vierten Theil desselben gegen den seinen Erbtheil besitzenden Fideikommißerben auftritt; ist aber einmal die Uebergabe des ganzen Erbtheiles geschehn, so ist der Fiduciar nunmehr nicht bloß Gläubiger in Beziehung auf die Trebelliani-

157) S. das siebzehnte Capitel zu Note 55 ff.

158) Dieses Einwandes wegen hat in unserm Falle *Iensius* p. 544, 545 Wechsellegate angenommen; er läßt an den Fiduciar von dessen miterbenden Brüdern 3000, von dem Fiduciar an dieselben Brüder 2000 legirt sein.

159) Man vgl. das siebzehnte Capitel von Note 63 bis zu Ende.

160) fr. 52 § 3 D. fam. hercisc. 10, 2.

161) a. a. O. § 7.

sche Quart, sondern auch gleichzeitig Gläubiger auf die Theile des Prälegates, welche diejenigen Fideikommißerben, die zugleich direkte Erben sind, ihm zu leisten verpflichtet werden, nur daß diese Berechtigung, wie aus **fr. 90 D. ad legem Falcidiam** hervorgeht, eine elective ist. Er kann dem ganzen Betrage nach von denselben Personen entweder nur das Prälegat oder nur die Quart einfordern. Im vorliegenden Falle provocirt er gegen die direkten Erben, die zugleich Fideikommißerben sind, auf die Quart, weil sie mehr beträgt, als das Prälegat [162]). Er zieht ihnen deshalb auch die Quart ab, rechnet aber in dieselbe die von seinem Erbtheile zu leistende Quote des Prälegates in Natura ein; und da er von ihnen die reellen Fünftel des Prälegates will, so zieht er ihnen um so viel weniger als Quart ab, als diese Fünftel an Werthe betragen, er leistet ihnen also noch aus dem vierten Viertel seines Erbtheils so viel, als die Theile des Prälegates betragen, welche die direkten Erben nach seinem Wunsche ihm leisten. Dieses Hin- und Herleisten kann hier nun allerdings Statt finden; der Fiduciar leistet in Erbschaftsgelde oder in Erbschaftssachen den Fideikommißerben so viel, als diese ihm an Prälegatsportionen geben, im Falle daß wir annehmen, daß das prälegirte Grundstück selbst und nicht sein Werth geleistet wird. Es verzichtet hier der Fiduciar aus dem Grunde keineswegs auf die specielle Einforderung seines Prälegates, weil er von den beiden direkten Erben, denen er nicht restituirt, also gar keine Quart abzieht, gar Nichts erhalten würde, wenn er seine Forderung auf das Prälegat fallen ließe. Da

162) Dieß sagt schon Theodorus im Schollon zu den Basiliken lib. 42 tit. 3 l. 79. In dem von Cujacius unserer Stelle zum Grunde gelegten Falle (s. unten Note 183 ff.) sind wenigstens die von den Miterben zu leistenden Quoten des Prälegates von geringerm Werthe als der ganze Betrag der Quart.

er nun also im vorliegenden Falle von diesen iure legati zwei Fünftel des prälegirten Grundstückes erwerben will und ein Fünftel desselben iure heredis behalten hat, so bittet er auch die Brüder, die ihnen iure heredis zugefallenen zwei Fünftel des Prälegates ihm zu geben, damit er das Grundstück vollständig habe; er erbietet sich aber auch zugleich, sie wegen dieser zwei Fünftel dadurch zu entschädigen, daß er ihnen eben so viel, als diese zwei Fünftel dem Werthe nach betragen, mehr auszahlt, als er es sonst vermöge des Rechts auf die Trebellianische Quart verpflichtet wäre [163]).

Es bleibt jetzt nur noch eine Frage übrig.

VI. Was ist Gegenstand der Restitution?

Ungeachtet man wohl anzunehmen berechtigt sein könnte, daß jeder Zweifel hierüber durch die ausdrücklichen Worte unseres Textes hereditatis portionem restituere abgeschnitten wäre, so daß also nur die Größe des Erbtheils und die Einrechnung in die Quart Bedenken erregen könnten, so verhält sich doch die Sache anders. Statt daß man aus dieser c. 24 in Uebereinstimmung mit fr. 86 D. ad legem Falcidiam das Resultat zog, der Universalfideikommissar darf das Trebellianische Viertel den Fideikommißerben abziehn und das ihm hinterlassene Prälegat, soweit er es nicht schon aus der eigenen Erbportion hat, von den direkten Erben [164]) einfordern, fand man aus Mangel an genügenden grammatischen und ju-

163) Das gewöhnliche Compensiren tritt nur dann ein, wenn der Fiduciar nicht das Grundstück selbst, sondern dessen Werth haben will, und daher seinen beiden Brüdern bei der Restitution der drei Viertel seines Erbtheils den Werth von zwei Fünfteln des prälegirten Grundstücks außerdem abzieht, wodurch er den Brüdern die Leistung an ihn ganz erspart.

164) Wenn diese nicht zugleich Fideikommißerben sind, in welchem Falle nach dem vorigen Abschnitte Compensation eintritt.

ristischen Kenntnissen in unserm Reskripte den Satz: wer aus einer zu restituirenden Erbschaft mehr als ein Viertel zurückbehalten will, wird durch das **familiae herciscundae iudicium** gezwungen, dieses Mehr herauszugeben. Diese unrichtige Ansicht beruht darauf, daß man bei den Schlußworten unseres Reskripts **reddere compellitur** als Objekt die Worte **supra quartam habens** annahm [165]). Allein diese Behauptung verstößt eben so, wie schon bemerkt, gegen alle grammatische Regeln, indem **habens** nicht heißen kann **quod habetur**, sondern **habens** die Apposition zu **filium** sein muß [166]), als auch gegen juristische Grundsätze, weil wir aus **fr. 86** und **fr. 91 D. ad legem Falcidiam** in Verbindung mit **fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum** wissen, daß der Erbe, was er **supra** oder **extra quartam** hat, nicht restituirt, sondern für sich, ebenso wie die Quart behält [167]). **Supra quartam** aber hat er im vorliegenden Falle, was die simpeln direkten Erben, die nicht zugleich Universalfideikommissarien sind, zahlen, **quod a ceteris in eo fundo solvitur** [168]). In dieser Behauptung

---

165) Diese Ansicht findet sich zuerst im zweiten Casus zu unserer c. 24, ferner bei *Vallius* p. 456, bei *Charondas* p. 742, bei *Husman* p. 1752, bei *Merillius* Obss. lib. 6 cap. 21, und am entschiedensten verfochten bei *Hotomanus* Iureconsultus p. 321, 323, auch noch bei *Pfeiffer* Diss. § 25. Schon *Cuiacius* Obss. 8, 3 und *A. Faber* Coniecturae 6, 4 tadeln diese Erklärung.

166) Man s. oben Note 106 ff.

167) *Donellus* a. a. O. § 5 quod supra quartam habebit i. e. retinebit, oder wie *Maranus* p. 597 erklärt: lucrifaciet. *Grangianus* erklärt ebenfalls habens mit lucrifaciens, in lucro reputans et praecipuum habens.

168) *Donellus* a. a. O. de ceteris partibus (fundi) praeter hereditariam non dubitatur, quin eas retineat; *Wissenbach* Disp. 18 § 17: quod in praelegato a coheredibus capit filius, supra quartam habet, nec restitutioni subiicit.

haben wir aber Widersacher, welche meinen, daß quod a ceteris in eo fundo solvitur sei zwar zurückzubehalten, aber in die Quart einzurechnen; denn diese Worte gehörten nicht zu den folgenden supra quartam habens, sondern zu den vorhergehenden si quid deest (scil. quartae) in supplementum deducto. Gegen diese Ansicht, welcher z. B. von einigen Herausgebern des Codex gehuldigt wird [169]), streitet aber ebenfalls eine doppelte grammatische Rücksicht. Einmal sind unter dieser Voraussetzung die Worte si quid deest vollkommen überflüssig, weil es ja nur der Worte in supplementum deducto quod ... solvitur bedurft hätte, um den gewünschten Sinn herauszubringen; sodann wäre unter jener Voraussetzung der Ausdruck deducto höchst unglücklich gewählt. Dieser bezeichnet nemlich, daß der Fiduciar etwas aus seinem Erbtheile zurückbehält [170]), was unter der genannten Voraussetzung hier nicht der Fall wäre, indem er ja das zum supplementum bringen sollte, was ihm die ceteri solvunt, so daß hier deducto für adjecto stände [171]). Aber ein noch größeres Bedenken steht von der juristischen Seite dieser Auslegung entgegen, indem es gegen alle Rechtsgrundsätze verstößt, dasjenige, was Miterben an den Prälegatar zahlen, was also

169) z. B. *Georg Arrivabene* und *Baptista de Tortis* Venedig 1471 und 1495, indem sie nicht hinter deducto, sondern hinter solvitur ein Kolon setzten.

170) *Donellus* a. a. O. § 8.

171) *Hotomanus* a. a. O. p. 313, 314 will adiecto für deducto sogar in den Text aufnehmen. Um die obige Interpretation unmöglich zu machen, haben ängstliche Herausgeber, wie Haloander, Claudius Chevalonius, Pacius, Simon van Leeuwen und die Editoren der zu Lyon 1534, 1540, 1553, 1567, 1569, 1584 und der zu Venedig 1592 erschienenen Codexausgaben hinter deducto ein Semikolon gesetzt.

iuro legati s. fideicommissi gewonnen wird, in die Trebellianische Quart einzurechnen [172]).

Unmöglich kann hier die Meinung des Glossators Johannes Bassianus übergangen werden. Ungeachtet Dieser zuerst die glückliche Ansicht aufgefaßt hatte, den fundus, als prälegirt zu betrachten, so hat er wiederum die ganz falsche Meinung, daß dieser fundus den Gegenstand der Restitution an die Brüder und die Fremden bildet [173]), nachdem diese zehn gezahlt haben. Auch er läßt dasjenige, was der Bruder von den Fremden in Beziehung auf diesen fundus bekommt, in die Quart einrechnen und erklärt die Worte quod solvitur in eo fundo mit sit solutio in eo quod datur pro eo fundo conditionis inplendae causa [174]) also: was die Fideikommißerben dafür zahlen, daß der Fiduciar ihnen dieß Gut restituirt, über welche Erklärung schon Bartolus [175]) und Corasius [176]) den Stab gebrochen haben. Als theilweisen Anhänger dieser Lehre kann man Husman anführen [177]). Nach ihm sind drei Kinder, das älteste auf das Landgut, das zweite auf die vom Vater ererbten Güter, das dritte auf die von der Mutter ererbten Güter, und drei Fremde zu Erben eingesetzt, aber auch jeder dieser drei letztern auf specielle Sa-

172) *Corasius* a. a. O. § 35.

173) Auch Fulgosius (nach Ferrettus), D. Gothofredus und Simon van Leeuwen theilen diese falsche Ansicht. Sie sagen fundum restituere tenetur, sed ex eo quartam deducit, ganz gegen die Worte unseres Reskripts, wo das habere fundum dem restituere portionem hereditatis entgegengesetzt wird.

174) Die Glosse zur c. 24. v. hereditaria parte.

175) S. oben Note 82 am Ende.

176) a. a. O. § 35. Auch Anton Faber Coniecturae 6, 5 sagt von den Vertheidigern dieser Meinung: toto coelo errant.

177) Paradoxa in *Otto* Thes. T. IV. p. 1750.

chen, so daß mit diesen Anweisungen das ganze Vermögen erschöpft ist. Der älteste Sohn, dem 25[178]) von den Miterben legirt sind, soll an dieselben das Landgut, d. h. seine ganze Erbportion herausgeben. Dieses Landgut ist sechshundert werth, die Quart davon beträgt 150, und diese will der Aelteste auch zurückbehalten[179]). Darin soll er nun nach Husman 100 (das ererbte Sechstel am Prälegate) einrechnen, sowie die von den Miterben empfangenen 25, und die noch fehlenden 25 soll er von dem Landgute (also $\frac{1}{24}$ desselben) abziehn; 475 aber, das sind die übrigen $\frac{19}{24}$ des Landgutes, soll er, weil er diese über seine Quart hat, den Miterben herausgeben.

Als ganz abnorm steht die Erklärung unserer c. 24 von Hotomanus da, welche er seinem **Iureconsultus s. de optimo genere interpretandi** angefügt und später in seinen Observationen [180]) von Neuem vertheidigt hat. Hotomanus läßt einen Vater, der seinem Sohne ein Gütchen, 21 werth, als Pekulium hingegeben hat, diesen Sohn neben zwei Fremden zu Erben einsetzen und diesen Sohn bitten, seinen einhundert werthen Erbtheil an zwei Brüder und zwei Pflegesöhne herauszugeben, für den Fall, daß ihn sein Schwiegervater zum Erben einsetzen würde. Es kommt zwischen jenen drei Erben zur Theilung, der Sohn behält ein Drittel des Gutes, die beiden andern Drittel überläßt er seinen Miterben, und bekommt dafür den Werth dieser zwei Drittel mit

---

178) Die Zahl 20 ist gewiß einer der vielen Druckfehler in *Otto* Thesaurus.

179) Der Schluß Husman's, daß, weil die res certa, auf welche der älteste Sohn eingesetzt ist, 600 werth ist, auch sein Erbtheil eben so groß ist, muß als verfehlt gelten. Vergl. das zehnte Capitel Note 39 ff.

180) lib. 11 cap. 7.

14 ausgezahlt. Nach einigen Jahren, da der Sohn Früchte von dem Gute gezogen hat und der Werth des Gutes gestiegen ist, stirbt sein Schwiegervater und hat ihn zum Erben eingesetzt; nun soll er sein Erbdrittel restituiren. Da er die Quart retiniren will, so behält er das Drittel des Gutes zu jener damals gemachten Taxe; ebenso behält er die für die zwei Drittel desselben gezahlten 14, was beides er in die Quart einrechnet, und die an der Quart noch fehlenden 4 zieht er von dem zu restituirenden Erbdrittel ab. Nach einiger Zeit fällt es den Fideikommissarien ein, das Gut sei zu gering taxirt, oder er sei vergessen, die inzwischen vom Tode bis zum Eintritte der Bedingung percipirten Früchte einzurechnen, und nun solle er zurückgeben **quod in eo fundo plus solutum esset**; und allerdings müsse er Alles, was er mehr als die Quart habe, restituiren. Der Prälegatar beruft sich freilich auf den geschlossenen Vergleich; Jene leugnen die Existenz eines Transaktes und sagen, es liege ein Irrthum in der Taxe vor; und für diese letztere Ansicht haben, so meint Hotomanus, die Kaiser erkannt[181]), so daß der Fiduciar das über die Quart Empfangene herausgeben müsse[182]).

Von allen bisher getadelten Fehlern ist die Cujacische Darstellung frei; sie laborirt aber an einem Rechnungsfehler, auf welchen schon Nieto aufmerksam gemacht, der, wiederum

181) arg. fr. 28 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

182) Schon Schacher a. a. O. § 7 setzt an dieser Erklärung aus, daß von einer Erbtheilung keine Spur im Reskripte sich zeige, daß Hotomanus selbst das Wort deducto ganz unverständlich finde und daß er habens passivisch verstehn müsse. Dirksens Urtheil (Civilistische Abhandlungen Bd. 1 S. 193 Note 1 [a]) über Hotomanus bei einer andern Gelegenheit, daß seine Leistung nicht ungründlich, sondern entschieden verkehrt zu nennen sei, trifft hier vollkommen zu.

durch einen andern Irrthum verleitet, auch nicht richtig gerechnet hat.

Cujacius [183]) legt folgenden Fall unserm Rescripte zum Grunde. Das Vermögen des Erblassers beträgt 700; drei Kinder und vier Fremde sind zu gleichen Theilen zur Erbschaft berufen; dem einen Sohn, welchem der Testator sein Landgut, 28 werth, prälegirt, hat er die Bitte an das Herz gelegt, dem Geschwister und zweien von den fremden Erben seinen Erbtheil zu restituiren. Der Sohn sagt nun so: Ich will die Restitution mit Abzug der Quart vornehmen; vom prälegirten Grundstücke habe ich in meinem Erbtheile ein Siebentel, 4 werth, was ich einrechnen muß, und von einem jeden der sechs Miterben bekomme ich ebensoviel; diese 24 darf ich zwar nicht ganz außer der Quart behalten, wohl aber 8 davon, welche ich von den beiden Miterben erhalte, die nicht zugleich fideikommissarische Erben sind; und die übrigen 16 sind wegen der Compensation, auf welche die vier andern Miterben provociren, für diese so gut wie in der Quart, so daß mir zur Vervollständigung der Quart nur noch 5 fehlen; ich zahle also statt 100 nur 95 aus. Diese Berechnung des Cujacius ist aber unrichtig. Denn nicht 95, sondern 91 zahlt der Fiduciar aus, indem er ja nicht bloß diese 5, sondern auch das Siebentel seines Prälegates im Betrage von 4 zurückbehält [184]).

---

183) Comm. ad Papiniani Responsa lib. 6 ad l. 78 De hered. inst.

184) Nach dem von Cujacius gewählten Beispiele muß sich die Vertheilung so gestalten. Der Fiduciar behält in seinem Erbtheile vom Prälegate 4,
er behält ferner aus andern erbschaftlichen Gegenständen zurück 5,
er empfängt von sechs Miterben 24;
der andere Bruder behält von seinem Erbtheile 96 und bekommt, da ihm durch die Gegenrechnung von 4 (d. h.

Nieto macht auf diesen Fehler aufmerksam, begeht aber einen viel größern, indem er den Erbtheil des Prälegatars noch durch 20 vergrößern läßt, nemlich theils durch das eine Siebentel des Grundstücks, welches der Prälegatar **iure hereditario** hat, theils durch die vier Siebentel, welche er **iure compensationis** gewinnt. Dadurch berechnet er den Erbtheil des Prälegatars statt auf 100 auf 120, wovon die Quart 30 beträgt, und da er nur fünf Siebentel des Prälegates im Betrage von 20 zurückbehält, so meint Nieto, es dürfe der Erbe noch 10 von der übrigen Erbschaft retiniren, also 90 fortgeben[185]), was ebenfalls eine unrichtige Summe ist.

Wir wollen dieß schwierige Rescript nicht verlassen, ohne noch eine Vermuthung über die Worte **verbis precariis (restituere sanxit testator)** ausgesprochen zu haben. Schon die Glosse erklärte sie für überflüssig[186]), und insofern ganz

---

$\frac{1}{7}$ des Prälegates) nur $2\frac{1}{4}$ abgezogen werden können, von seinem ältesten Bruder $22\frac{3}{4}$, er hat also $118\frac{3}{4}$;
der dritte Bruder gleichfalls $118\frac{3}{4}$;
ebenso der eine fremde direkte Erbe, der zugleich Fideikommissar ist $118\frac{3}{4}$;
ebenso der andere fremde direkte Erbe, der zugleich Fideikommissar ist $118\frac{3}{4}$.
Dagegen der erste fremde direkte Erbe, der nicht zugleich Fideikommissar ist, muß, ohne Entschädigung, von seinen Hundert 4 herausgeben und behält daher 96;
Dasselbe gilt von dem letzten fremden Erben, auch er hat 96.
Dadurch erscheint die ganze Erbschaft im Betrage von 700 vertheilt.

185) **Tractatus de praelegatis cap. 4 § 19.** Nieto findet den Fehler des Cujacius darin begründet, daß er sagt: wenn 95 der Sohn herausgiebt, so muß 95 drei Viertel seiner Erbportion betragen; das ist nun nicht der Fall, folglich muß die Rechnung des Cujacius eine unrichtige sein. Vergl. v. *d. Pfordten* **Diss. p. 110 nota *h*.**

186) Dieser Ansicht sind auch Baldus und Corasius a.

mit Recht, da die Kaiser den vorliegenden Fall auf gleiche Weise entschieden haben würden, mochte das Testament einen Befehl des Vaters oder eine Bitte desselben um Restitution des Erbtheiles enthalten haben [187]). Uns scheint in diesen Worten verbis precariis ein Emblem Tribonians zu liegen. Zu Diocletians Zeiten durfte eine solche Disposition, wie die vorstehende, daß der Sohn seinen ganzen Erbtheil nach dem Eintritte einer Bedingung herausgebe, befehlsweise angeordnet werden; seitdem aber Justinian im Jahre 529 jede Belästigung, die dem Pflichttheil eines Notherben auferlegt war, für ungehörig erklärt hatte, durfte der Vater die Restitution des ganzen Erbtheiles nicht mehr befehlen, sondern konnte sie nur von seinem Sohn erbitten. Durch eine solche Annahme gewinnen die Worte verbis precariis eine Bedeutung, und es erklärt sich durch diese spätere Einschaltung die gewiß unpassende Verbindung: verbis precariis sancire.

Wir weigern uns nicht, den Ausspruch Roßhirts [188]) in Betreff dieser c. 24: ihre rechte Auslegung wird immerhin nur errathen werden müssen — zu unterschreiben [189]), wün-

---

a. O. § 23, 24. Der Letztere meint aber, der Kaiser wiederhole hier wortgetreu den vorgelegten Fall. Dieß ist bei der auf das Kürzeste geschehenen Fassung des Reskripts nicht zuzugestehn.

187) Daß in dem Worte restituere schon die bittende Form liege, wie z. B. Ferrettus im Commentar zu unserm Reskripte Nr. 2 behauptet und noch Corasius a. a. O. als bekannte Sache voraussetzt, ist keineswegs der Fall, indem Siphanius (Explanatio p. 189) mit Recht hervorhebt, daß ja der Vater auch den Imperativ dieses Wortes hätte gebrauchen können.

188) Die Lehre von den Vermächtnissen Bd. 1 S. 189, 190.

189) Dagegen können wir nicht mit Thibaut übereinstim-

schen und hoffen aber, daß recht viele Leser das Urtheil über uns fällen werden: die rechte Auslegung errathen zu haben.

---

men, wenn derselbe nach Froben S. 329 zu § 929 sagt: die c. 24 C. 3, 36 ist bei der völligen Dunkelheit des Falles, worauf sie gehn sollte, für keine Theorie brauchbar.

BIBLIOTECA NAZIONALE V. E. III NAPOLI

768424

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google